

**Tutela della concorrenza e definizione delle materie trasversali:  
alcune note a margine della sent. n. 345 del 2004 della Corte costituzionale**

di Alessandra Concaro e Irene Pellizzone

(in corso di pubblicazione in "Le Regioni", 3/2005)

1. La sentenza n. 345 offre un ulteriore contributo all'inquadramento sistematico della competenza legislativa statale in materia di "tutela della concorrenza", a cui la Corte costituzionale, nell'ultimo anno, ha dedicato una serie di pronunce particolarmente significative: e, pur senza avere aggiunto novità di rilievo rispetto alla ricostruzione operata nelle più note decisioni rese sul punto, dà alcune interessanti indicazioni riguardo al *modus operandi* e all'ambito di intervento di questa controversa funzione "trasversale".

In essa si afferma infatti che anche la disciplina dell'acquisto di beni e servizi da parte delle amministrazioni pubbliche secondo procedure di evidenza pubblica, trova il proprio fondamento nella potestà dello Stato di regolare il mercato e di favorire all'interno di esso rapporti concorrenziali, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost.

La disciplina censurata, contenuta nella legge finanziaria per il 2003 e già più volte modificata, tra le altre cose, imponeva alle amministrazioni aggiudicatrici (comprese quelle regionali), «per ragioni di trasparenza e concorrenza», di rispettare la normativa di recepimento delle direttive comunitarie in materia di appalti, anche per i contratti al di sotto della c.d. soglia comunitaria; inoltre, per le amministrazioni pubbliche centrali e per gli "enti pubblici istituzionali" in essa indicati, prevedeva l'obbligo di utilizzare le convenzioni-quadro della CONSIP per l'acquisto di beni e servizi, mentre imponeva agli enti locali, che intendessero procedere agli acquisti in maniera autonoma, di utilizzare i prezzi di tali convenzioni come asta al ribasso.

Uno dei punti critici del meccanismo delineato dalla finanziaria per il 2003 (che, è bene ricordare, costituisce soltanto un momento di passaggio nell'arco di una serie di stratificazioni normative che si sono succedute nel corso degli anni) è stato fin da subito individuato proprio nella compatibilità del sistema delle convenzioni-quadro e dei vincoli procedurali in essa stabiliti, con il nuovo assetto delle competenze risultante dalla riforma del Titolo V della Costituzione: perplessità, peraltro, condivise anche dalla Corte dei Conti, la quale in un'occasione aveva avuto modo di sottolineare come l'imposizione di modelli di contratto centralizzati avesse comportato, di fatto, lo slittamento verso l'alto di una serie di funzioni e regolazioni che, nel nuovo quadro delle competenze costituzionali, dovrebbero invece spettare a Regioni ed enti locali (a questo proposito, si è anche parlato di una "centralizzazione rafforzata" degli acquisti).

2. Nel caso in esame, il problema che si è posto all'attenzione della Corte è stato anzitutto quello di individuare l'esatta collocazione della materia nell'ambito del sistema delle competenze definito dal nuovo art. 117. Rigettando la tesi delle ricorrenti, le quali sostenevano che la disciplina delle acquisizioni da parte delle Regioni e degli enti dipendenti e strumentali delle stesse dovesse essere ricondotta alla competenza legislativa regionale residuale, ai sensi dell'art. 117, quarto comma, Cost., essa ha invece posto l'accento sul fatto che le procedure di evidenza pubblica svolgono «un rilievo fondamentale per la tutela della concorrenza tra i vari operatori economici interessati alle commesse pubbliche».

Dunque, un nuovo capitolo nella complessa vicenda della definizione dell'ambito di operatività della competenza statale in materia di "tutela della concorrenza" che, a partire dalla celeberrima sent. n. 14 del 2004, si sta consolidando in un vero e proprio filone giurisprudenziale.

Come noto, a partire da tale decisione, la Corte ha fatto propria una nozione ampia di concorrenza che non coincide affatto con quella tradizionale, intesa come libertà degli operatori economici dai monopoli di stato o da restrizioni poste in essere da privati (ad esempio *trust* o abuso di posizione dominante nel mercato); riprendendo l'accezione "dinamica" di concorrenza invalsa nel diritto comunitario, la Corte è giunta infatti a ricomprendere nella competenza legislativa statale, oltre alle misure *antitrust* e agli «interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto», anche gli strumenti pubblici volti a «ridurre squilibri, favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o instaurare assetti concorrenziali»: tra questi sono da includere anche i c.d. aiuti di stato i quali, se vengono condannati nei casi in cui tendano a falsare la concorrenza, sono invece guardati con favore dalla Comunità laddove siano orientati ad

assecondare lo sviluppo economico e a promuovere la coesione sociale.

Dunque, una concezione estremamente "dilatata" di tutela della concorrenza, che non ha mancato di suscitare le reazioni critiche della dottrina, sia perché frutto di una lettura chiaramente strumentale della normativa comunitaria, la quale ricomprende le politiche statali di sostegno del mercato non fra gli *strumenti* della concorrenza, bensì fra le *deroghe* ai principi della concorrenza in ambito comunitario, che vengono ammesse, nell'ambito delle politiche regionali e sociali, per favorire lo sviluppo economico e sociale di determinate aree; sia perché, così intesa, essa finisce per mantenere, in capo allo Stato, una sorta di riserva generale ad adottare qualunque misura suscettibile di incidere sull'equilibrio economico generale, venendo invece a ridurre drasticamente i margini di intervento delle Regioni, che dovrebbero rimanere vincolati alla realtà produttiva locale (ma su questo profilo torneremo dopo).

Ulteriori precisazioni sono poi intervenute nella successiva sent. n. 272, in cui la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla nuova disciplina dei servizi pubblici locali, ha ampliato tale nozione dinamica, riconducendovi tutte le misure statali di "promozione" della concorrenza ulteriori e diverse rispetto agli incentivi economici: difatti, la previsione costituzionale sarebbe «così ampia da legittimare interventi dello Stato volti sia a promuovere, sia a proteggere l'assetto concorrenziale del mercato». Il riferimento è al settore della c.d. regolazione, cioè all'insieme delle previsioni volte a instaurare un assetto del mercato in libera concorrenza in settori in cui essa è assente, o perché di recente *liberalizzazione*, o per barriere all'entrata, o per la presenza di monopoli naturali, oppure per garantire la tutela di interessi economici generali: un riferimento che se nella sent. n. 272 era soltanto implicito, diventa invece esplicito proprio nella decisione in esame, in cui si legge espressamente che «lo Stato ha la potestà di *regolare* il mercato».

3. D'altro canto, in quanto competenza di carattere "trasversale", che «non presenta i caratteri di una materia di estensione certa, ma quelli di una funzione esercitabile sui più diversi oggetti», una dilatazione massima dell'intervento statale giustificato proprio in funzione della tutela della concorrenza «rischierebbe di vanificare lo schema di riparto dell'art. 117 Cost., che vede attribuite alla potestà legislativa residuale e concorrente delle Regioni materie la cui disciplina incide innegabilmente sullo sviluppo economico»: da qui la necessità di porre degli argini alla portata estensiva di tale clausola, elaborando criteri che consentano di tracciare il confine fino al quale può spingersi l'intervento statale senza risultare invasivo delle attribuzioni regionali.

Tale confine, come noto, è stato individuato nella *rilevanza macroeconomica* dell'intervento statale, che legittima l'adozione di misure suscettibili di incidere sull'equilibrio economico generale e di produrre effetti su tutto il territorio nazionale, lasciando invece alla competenza delle Regioni gli interventi sintonizzati sulla realtà produttiva locale. Peraltro, come viene meglio specificato nella sent. n. 272, le misure statali devono essere congrue e proporzionate rispetto agli obiettivi perseguiti: proporzionalità e adeguatezza diventano i criteri atti a definire l'ambito stesso di operatività dell'intervento statale, che diventa illegittimo laddove introduca previsioni talmente dettagliate da andare oltre le finalità di tutela degli assetti concorrenziali.

La sent. n. 345 si colloca lungo il percorso tracciato dai due più importanti precedenti: in essa si afferma infatti che la disciplina delle procedure ad evidenza pubblica, laddove impone la gara, fissa l'ambito soggettivo e oggettivo di tale obbligo, limita il ricorso alla trattativa privata e collega alla violazione di tale obbligo sanzioni civili e forme di responsabilità, si giustifica in funzione della potestà dello Stato di regolare la concorrenza nel settore degli appalti pubblici; d'altro canto, perché l'intervento statale non si traduca in una indebita compressione dell'autonomia regionale, agli enti autonomi si impone unicamente l'osservanza dei principi desumibili dalle disposizioni in questione, che, come del resto recita lo stesso art. 24 della legge n. 289 del 2002, al comma 9, si pongono quali norme "di principio e di coordinamento".

Ed è proprio quest'ultimo profilo a rappresentare, a parere di chi scrive, il principale motivo di interesse della decisione: la Corte ha infatti cura di precisare che tale espressione è cosa diversa da quella di "principi fondamentali" che ricorre nelle ipotesi di legislazione concorrente, quasi a voler attestare l'assoluta peculiarità delle materie trasversali nel quadro delle competenze definite dal nuovo Titolo V. Poiché le materie trasversali si qualificano non tanto secondo un criterio oggettivo, quanto in chiave teleologica, il loro modo di operare esula da schemi di riparto rigidi tra legislazione statale e legislazione regionale, ma si caratterizza per una maggiore "dutilità". Anche se le materie trasversali, per loro natura, hanno la capacità di interferire in settori di competenza regionale, ciò non implica che «abbiano l'effetto di degradare la potestà legislativa residuale in concorrente e la concorrente in una potestà di mera attuazione-integrazione»: esse mantengono infatti una propria fisionomia autonoma, in cui gli spazi lasciati alla disciplina regionale oscillano in funzione della natura e del tipo di intervento statale, il quale deve essere in ogni caso commisurato ai canoni di proporzionalità e

adeguatezza rispetto al fine da perseguire.

Si tratta, evidentemente, di un criterio che poggia su basi estremamente labili e indeterminate e che, proprio per questo rischia di espandere potenzialmente a dismisura l'ambito di intervento statale: oltretutto, così ragionando, la Corte finisce per introdurre un ulteriore elemento di "dinamismo" nel sistema, in cui gli spazi lasciati all'autonomia regionale nei settori attinenti al governo dell'economia finiscono per essere condizionati dalle scelte operate dal legislatore statale.

Si tratta dell'art. 24 della legge n. 289 del 2002, che è stato parzialmente modificato dalla legge n. 212 del 2003, di conversione del d.l. n. 143 del 2003, e dal successivo d.l. n. 269 del 2003, convertito in legge n. 326 del 2003. Giova poi rilevare che nelle more dello svolgimento del giudizio di costituzionalità, la normativa censurata è stata abrogata quasi integralmente dall'art. 3, comma 166, della legge n. 350 del 2003: ciò ha determinato la cessazione della materia del contendere per la quasi totalità delle Regioni ricorrenti, ad eccezione del Veneto, per il quale la Corte ha ritenuto non venisse meno l'attualità dell'interesse al ricorso. Va segnalato altresì, che il successivo d.l. 12 luglio 2004, n. 168 (*Interventi urgenti per il contenimento della spesa pubblica*), convertito in legge 30 luglio 2004, n. 191, ha riprodotto sostanzialmente il contenuto della disposizione impugnata e precedentemente abrogata, reintroducendo una responsabilità amministrativa per le amministrazioni pubbliche che non utilizzino i parametri del prezzo unitario di base delle convenzioni CONSIP.

L'art. 24 della l. n. 289 del 2002, nel testo modificato dalla legge n. 212 del 2003, inoltre, statuisce la nullità dei contratti stipulati in violazione dell'obbligo di ricorrere alla gara "comunitaria" o dell'obbligo di utilizzare le convenzioni della CONSIP, e prevede forme di responsabilità per l'ente e per il dipendente pubblico che li ha sottoscritti (comma 4); mentre dispone che il ricorso alla trattativa privata venga ammesso soltanto in casi eccezionali e motivati, previo esperimento di documentata indagine di mercato, con comunicazione alla sezione regionale della Corte dei Conti (comma 5).

In argomento, cfr. A. Ponti, *Le novità in materia di acquisti di beni e servizi alla luce della Legge Finanziaria 2003. Il ruolo della CONSIP Spa.*, in *L'amministrazione italiana*, 2003, 748 ss.; si veda, inoltre, U. Realfonzo, *Le nuove regole per l'acquisto di beni e servizi secondo l'art. 24 della finanziaria 2003*, in *Nuova rass.*, 2003, 758.

Cfr. Corte dei Conti, Sez. centr. contr. Stato, 20 giugno 2003, con osservazioni di A. Baldanza, *Prime considerazioni della Corte dei Conti sul sistema di acquisti centralizzati tramite Consip spa*, in *Foro amm.- Cons. Stato*, 2003, 2668 ss.

V. L. Fiorentino, *Il modello Consip dopo la legge finanziaria per il 2004*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, 269 ss.

Cfr. la sent. n. 14 del 2004, in *questa Rivista*, 2004, 978 ss.; v., inoltre, le sentt. nn. 272 e 320 del 2004.

Per un quadro generale sulla competenza statale in materia di "tutela della concorrenza", cfr. L. Buffoni, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale e il riparto di competenza legislative*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2003, 375 ss.; sul valore della concorrenza nell'assetto costituzionale prima della riforma del Titolo V si veda, per tutti, A. Pace, *La Corte Costituzionale disconosce il valore costituzionale della libertà di concorrenza?*, in *Giur. Cost.*, 1999, 2965 ss.

L'espressione è di L. Casseti, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, in <http://www.federalismi.it/>, (4 marzo 2004).

Sul punto cfr. le osservazioni critiche di F. Pizzetti, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma*, in *questa Rivista*, 2004, 1014 ss.; v. inoltre R. Caranta, *La tutela della concorrenza e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione*, ivi, 990 ss.; A. Pace, *Gli aiuti di stato sono una forma di tutela della concorrenza?*, in *Giur. cost.*, 2004, 259 ss.; G. P. Dolso, *Tutela dell'interesse nazionale sub specie di tutela della concorrenza?*, ivi, 265 ss.; C. Buzzacchi, *Principio della concorrenza e aiuti di stato tra diritto interno e diritto comunitario*, ivi, 277 ss.; F. Sacco, *Competenze statali trasversali e potestà legislativa regionale: un tentativo di razionalizzazione (a proposito della "tutela della concorrenza") della Corte costituzionale*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/>; M. Barbero, *Materie trasversali e federalismo fiscale: il caso della tutela della concorrenza, brevi considerazioni critiche a margine di Corte cost. 14/2004*, in <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/>; L. Casseti, cit.

Per la nozione di regolazione cfr. F. Trimarchi banfi, *Considerazioni sui "nuovi" servizi pubblici*, in *Riv. dir. pubbl. comp.*,

2002, 945 ss.; M. Clarich, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 97 ss.; M. D'Alberti, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. Tesaro e M. Alberti, Bologna, 2000, 180 ss. Cfr., inoltre, M. Libertini, *Le riforme del diritto dell'economia: regolazione e concorrenza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, 802 ss., il quale osserva che la lett. e) del II comma dell'art. 117 Cost. ha la funzione di tutelare la libera concorrenza intesa non solo in senso privatistico, ma anche come comprendente tutte le misure della regolazione amministrativa dei mercati, per evitare che vi siano mercati fortemente regolamentati in alcune Regioni e fortemente liberalizzati in altre.

Sulle materie c.d. "trasversali", cfr., *ex plurimis*, A. D'Atena, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quad. Cost.*, 2003, 19 ss.; G. Scaccia, *La competenze legislative sussidiarie e trasversali*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 461 ss. Per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte Costituzionale intervenuta sul punto, cfr. G. Arconzo, *Le materie trasversali nella giurisprudenza costituzionale dopo la riforma del Titolo V*, in *L'incerto federalismo. Le competenze statali e regionali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di N. Zanon e A. Concaro, Milano, 2005, 181 ss.

E difatti nella sentenza n. 272, la Corte, proprio attraverso il giudizio di proporzionalità-adequatezza, giunge a dichiarare l'illegittimità costituzionale di parte della normativa impugnata, in quanto prevedeva disposizioni di estremo dettaglio, essendo invece sufficiente per lo Stato, al fine di garantire la tutela della concorrenza, il rispetto di *standard* disciplinati da previsioni più generali (cfr. il punto 3 del *considerato in diritto*).

Si tratta di un punto sul quale la dottrina è sostanzialmente concorde: in argomento v., per tutti, S. Bartole - R. Bin - G. Falcon - R. Tosi, *Diritto regionale. Dopo le riforme*, Bologna, 2003, 163.

Cfr. D'Atena, op. loc. cit.

Come viene opportunamente osservato da G. Scaccia, op. loc. cit.

Cfr. F. Pizzetti, op. loc. cit.

