

**MERCATO E COOPERAZIONE SOCIALE.
SPIRAGLI PER UNA DIVERSA CONCEZIONE DELLA CONCORRENZA ALLA LUCE DEI PRINCIPI
COSTITUZIONALI**

Con la Legge n. 214 del 22 dicembre 2011¹, che ha convertito il decreto legge varato il 6 dicembre 2011, n. 201 (*Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*), il Parlamento ha confermato il primo provvedimento della nuova compagine governativa (il c.d. *Decreto Salva Italia*). Il decreto legge, prima, e la legge di conversione, poi, si segnalano, non solo per le attese che li hanno accompagnati sul piano politico ed economico, ma soprattutto per la vasta gamma di misure, alcune assai profonde, tese a sostenere l'economia italiana in fase di recessione².

Tra le novità introdotte dal decreto, assume un certo rilievo l'articolo 44, settimo comma, in tema di appalti pubblici. Il citato disposto interviene novellando l'articolo 2 del Decreto Legislativo n. 163 del 2006 e s.m.i. (in avanti, Codice dei contratti pubblici), introducendo il comma 1 *bis*, il quale recita: «1-bis. Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali».

La Legge trova il proprio ambito di applicazione nel mondo delle Piccole e Medie Imprese³, a fronte della riconosciuta loro incapacità di mantenersi competitive sul mercato divenuto oramai di area continentale. In buona sostanza, si impone alle amministrazioni di predisporre l'entità degli appalti, non in base alla loro naturale dimensione, bensì in ragione di uno specifico indirizzo di politica economica, teso a consentire e favorire l'accesso delle piccole e medie imprese. Una simile agevolazione sembra trovare, infatti, un primo positivo riscontro proprio in relazione a quelle imprese che, per le loro modeste dimensioni o per il fine non lucrativo perseguito, riscontrano maggiori difficoltà di partecipazione nella contesa sull'aggiudicazione delle commesse pubbliche.

La norma, dunque, appare di rilievo dal momento che, tra le categorie di imprese interessate, vi sono anche le cooperative, che si contraddistinguono nel panorama imprenditoriale per la loro capillarità e modesta dimensione e permette di svolgere alcune considerazioni di ordine costituzionale.

Come è noto, l'articolo 45, primo comma, della Costituzione in tema di cooperative, rivolgendosi ad un fenomeno che affonda le sue radici a partire dal diciannovesimo secolo, "riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità prevalente e senza fini di speculazione privata".

¹ Per consultare l'intero provvedimento <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Lsum:nir:stato:decreto-legge:2011-12-06;201>.

² Uno schema illustrativo delle misure adottate si può trovare in:

http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/salva_italia/doc/manovra_scheda.pdf.

³ Per una definizione di PMI cfr. Raccomandazione del 6 maggio 2003 (GUCE L 124 del 20/05/2003). Nel giugno 2008, è stato varato dalla Commissione europea lo "*Small Business Act*" per l'Europa, un pacchetto di misure a favore delle imprese, poi formalmente adottato nelle conclusioni del Consiglio competitività dell'1 e 2 dicembre 2008. Lo "*Small Business Act*" si basa su dieci principi destinati a guidare la formulazione delle politiche comunitarie e nazionali, nonché su misure pratiche per la loro attuazione. Elemento cardine è il "*Pensare soprattutto in piccolo*", che pone le PMI al primo posto nelle definizioni delle politiche di settore.

Oltre il riconoscimento sul piano costituzionale di tale peculiare impresa sociale, maggiore attenzione deve essere riposta là dove la norma stabilisce che “La legge ne promuove e favorisce l’incremento con mezzi più idonei e ne assicura, con gli opportuni controlli, il carattere e le finalità”.

Si osserva come i soggetti giuridici che rispondano ai requisiti di mutualità e di assenza di scopo di speculazione privata (e non già semplicemente di lucro, questo dovendosi considerare piuttosto come metodo di esercizio dell’attività economica) dunque acquistano immediata e diretta soggettività costituzionale, in ragione della biunivoca corrispondenza tra carattere di mutualità senza fini di speculazione privata e funzione sociale.

Aprondo lo sguardo su tale fenomeno, la prima e più evidente cornice costituzionale in cui si inquadrano le imprese cooperative è sicuramente il secondo comma dell’articolo 3 della Costituzione.

La loro peculiare struttura societaria, infatti, diventa strumento per eliminare quegli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono ai cittadini di partecipare alla vita economico-sociale del Paese, in particolare – come si vedrà meglio in avanti – per quei soggetti che, per le loro condizioni fisiche o sociali risultano particolarmente svantaggiati nel loro autonomo inserimento nella società.

L’immediato riconoscimento costituzionale sul piano soggettivo ora tracciato, però, con il tempo ha dovuto misurarsi con una serie complessa ed ampia di altre norme di rango per lo più ordinario tese ad equiparare l’azione delle imprese tutte – e quindi anche delle cooperative – sul piano della concorrenza, nello specifico in tema di appalti pubblici⁴.

Si consideri, infatti, che la novella si innesta nell’articolo 2 del Codice dei Contratti, il quale delinea i *principi* ispiratori della disciplina. Principi di derivazione squisitamente comunitaria⁵. In particolare, è il primo comma dell’articolo 2 a descrivere con ampio respiro il decalogo dei principi che governano la materia dei contratti pubblici quali: la garanzia della qualità delle prestazioni ed il rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l’affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità.

Unico temperamento è costituito dal disposto contenuto nello stesso articolo 2, al secondo comma, là dove è stabilito che “Il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell’ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile”. Dunque, l’innovazione per le cooperative che introdurrebbe il comma 1 *bis* appare percepibile soprattutto nella possibilità di configurare una via preferenziale di sostegno che derogherebbe ai generali principi di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione.

L’articolo 2 del Codice dei Contratti, dunque, nella sua nuova forma, sembra assumere una doppia natura. Infatti, se al primo comma, prima della riforma, i principi generali in tema di libera concorrenza e parità venivano blandamente contemperati ammettendo la subordinazione del principio di economicità a criteri ispirati ad esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell’ambiente e dello sviluppo sostenibile; oggi, la previsione del comma 1 *bis* sembra fortificare – o, quantomeno, bilanciare – i principi relativi alla libera concorrenza (di cui al primo comma) con una più oculata politica a sostegno delle piccole e medie imprese e tra queste quelle che perseguono finalità sociali (politica oggi divenuta principio ispiratore del Codice).

Le considerazioni sopra svolte, circa la portata valoriale della norma in commento sembrano fondarsi anzitutto su ragioni di ordine sistematico.

La collocazione nell’articolo sui *principi* in materia di appalti pubblici anziché trovare un’autonoma previsione nel corpo del Codice, conferisce al disposto una valenza di ordine generale che si impone come

⁴ Per una valutazione globale che esamina sia la normativa che la giurisprudenza in tema di concorrenza, si veda la poderosa relazione svolta dall’Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, del 2010 rinvenibile al seguente indirizzo <http://www.agcm.it/relazioni-annuali/5613-relazione-sullattivita-svolta-nel-2010.html>.

⁵ Sulla derivazione comunitaria dei principi in tema di concorrenza e, nello specifico, sull’impianto del Codice dei contratti, si veda la sentenza n. 401 del 2007 della Corte costituzionale, meglio affrontata in avanti.

guida per l'azione delle pubbliche amministrazioni (si osservi, in proposito, l'uso dell'espressione "*le stazioni appaltanti devono...*"). Una misura di politica economica, dunque, che se ben modellata sul piano attuativo potrebbe trovare interessanti riflessi positivi dal punto di vista costituzionale, fornendo un reale sostegno alle diverse finalità sociali di rango costituzionale.

Quanto detto sopra, appare ancor più interessante per un particolare tipo di cooperative, ossia le cooperative sociali. Tale tipologia di impresa è oggi disciplinata dalla Legge n. 381 del 1991 e s.m.i. (Disciplina delle cooperative sociali). La richiamata legge, infatti, definisce e disciplina quelle cooperative che si pongono lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale mediante l'impiego di soggetti svantaggiati in progetti di lavoro finalizzati al loro reinserimento sociale⁶.

La legge n. 381 del '91, volta a sostenere i soggetti bisognosi e incapaci di un autonomo reinserimento nella società⁷, è ispirata, infatti, da diverse disposizioni di carattere costituzionale che potrebbero integrarsi con gli obiettivi di politica economica tracciati dall'art. 44 della legge n. 214 del 2011. Si pensi, all'uopo, all'articolo 2 della Costituzione, che richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Oppure l'articolo 4, in forza del quale "La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendono effettivo questo diritto" così anche l'articolo 35, là dove è previsto che la Repubblica tuteli il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni.

A seguito della Legge 22 giugno 2000, n° 193 "Norme per favorire l'attività lavorativa dei detenuti" (cd. Legge Smuraglia) che ha inserito tra i soggetti svantaggiati – di cui all'articolo 4, primo comma, della L. n. 381/91 – anche "gli ex degenti di ospedali psichiatrici, anche giudiziari, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, le persone detenute o internate negli istituti penitenziari, i condannati e gli internati ammessi alle misure alternative alla detenzione e al lavoro all'esterno ai sensi dell'articolo 21 della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni" i rilievi costituzionali relativi alle cooperative sociali si sono ulteriormente ampliati. Viene in considerazione, pertanto, l'articolo 27 Cost., il quale trova nelle cooperative sociali di inserimento lavorativo di ex detenuti, internati o condannati lo strumento in grado perseguire il fine di rieducazione previsto dal dettato costituzionale.

Dal quadro delle disposizioni costituzionali menzionate si evince un sistema valoriale, che trova nella cooperazione tra lavoratori il fulcro in forza del quale bilanciare l'attività di impresa, da un lato, e la peculiarità societaria delle cooperative fondata sul lavoro e la mutualità, dall'altro. Nello specifico, il lavoro cooperativistico diventa non solo fonte di sostentamento e crescita collettiva, ma anche strumento di inserimento sociale per quei soggetti che altrimenti sarebbero esclusi tanto dal sistema produttivo quanto da quello socio-relazionale. In ciò risiede dunque la peculiarità costituzionale della cooperazione che solo in imprese particolarmente medio-piccole riesce a curare aspetti delicati come l'inserimento lavorativo⁸.

⁶ Le categorie di soggetti svantaggiati sono descritti nell'articolo 4 della L. n. 381 del 1991.

⁷ La valenza sociale di questa Legge è stata fin dal 1996 evidenziata dalla giurisprudenza amministrativa, in particolare a partire dalla sentenza del TAR Lombardia, n. 1734 del 2 dicembre 1996, con la quale il Collegio ha evidenziato come "l'obiettivo del legislatore è di incoraggiare il fenomeno cooperativistico in quanto specifico intervento di utilità sociale, come aggregazione spontanea di risorse umane ed economiche con evidenti spinte solidaristiche: a tale scopo, quindi, ha previsto un peculiare regime, consentendo tra l'altro che gli enti pubblici possano affidare a queste cooperative sociali la fornitura di alcuni beni o servizi, privilegiando l'esigenza di creare opportunità di lavoro, e cioè proficui vincoli di reinserimento sociale, per persone appartenenti a categorie svantaggiate rispetto ai criteri della massima partecipazione alle procedure di scelta del contraente e del maggior vantaggio economica nell'individuazione del prezzo del servizio o della fornitura".

⁸ La Legge 381 del '91, infatti, per quanto riguarda le c.d. cooperative di tipo B, richiede quale presupposto per l'ottenimento dell'appalto la presentazione di uno specifico "progetto" di inserimento lavorativo del soggetto svantaggiato che curi tutte le problematiche legate all'individuo, servendosi all'occorrenza di esperti psicologi, operatori sociali, ecc.

Il *favor* verso la cooperazione come momento dunque del più generale favore costituzionale verso il lavoro come insegnano l'art. 1 e 4 Cost., e come è confermato, appunto, dalla lettura degli artt. 35 e seguenti della Costituzione⁹.

Inoltre, le cooperative sono anche atto di esercizio dell'iniziativa economica e quindi ricadono – pur nella loro specificità – nella previsione di cui all'art. 41, secondo e terzo comma, della Carta costituzionale. Anzitutto, la cooperazione (soprattutto quella sociale) si inserisce nella determinazione dell'economia, secondo il programma costituzionale, in negativo perché non si svolge in contrasto con l'utilità sociale, ma anzi ne è fattore di promozione, ed inoltre perché la sua iniziativa è direttamente "indirizzata e coordinata a fini sociali". È, dunque, proprio il terzo comma dell'articolo 41 Cost., laddove affida alla legge il potere di determinare programmi capaci di indirizzare e coordinare l'attività economica pubblica a fini sociali, a creare un *trait d'union* con l'articolo 44 della legge n. 214 del 2011.

Pertanto, la simbiosi tra l'attività economica pubblica e privata indirizzata e coordinata, tanto quella pubblica come quella privata, a fini sociali si sintetizza proprio nel dovere imposto alle Stazioni appaltanti (attività economica pubblica) di predisporre gli appalti in lotti funzionali per facilitare l'ingresso delle PMI, anche ed in particolare per le cooperative sociali (attività economica privata).

Ciò che interessa evidenziare è come, nel quadro dei principi di concorrenza di derivazione comunitaria, il Legislatore nazionale possa ben temperare la generale propensione alla competizione per il mercato *anche* a vantaggio di aspetti sociali¹⁰, che trovano protezione a livello costituzionale, e che proprio in tempi di crisi economica possono divenire uno strumento effettivo per invertire il ciclo economico negativo e perseguire gli obiettivi in campo socio-economico previsti dalla Carta costituzionale.

L'articolo 41 Cost. può chiamare in causa il rapporto tra l'indirizzo economico-sociale della Costituzione, attento agli aspetti sociali e agli obiettivi di equità ed uguaglianza, e il principio di tutela della concorrenza e del mercato che oggi guidano in modo pervadente tutta la disciplina vigente in tema di appalti (ma non solo).

Un confronto, che si misura in primo luogo sul riparto di competenze legislative descritto dal Titolo V della Costituzione in ragione del necessario temperamento tra la tutela della concorrenza (di competenza statale) e la promozione e lo sviluppo di politiche sociali attive, (riconducibile alla competenza concorrente e residuale, intesa quest'ultima, come attività economica pubblica indirizzata a fini sociali). Ciò coinvolge, in particolare, la questione relativa alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale; nonché la materia concorrente della tutela e sicurezza del lavoro di cui al terzo comma.

Per quel che riguarda le cooperative sociali di cui alla L. n. 381/91, si ricorda, in proposito, quanto previsto dall'articolo 9, terzo comma, della predetta Legge la quale consente alle Regioni di emanare "norme volte alla promozione, al sostegno e allo sviluppo della cooperazione sociale. Gli oneri derivanti dalle misure di sostegno disposte dalle regioni sono posti a carico delle ordinarie disponibilità delle regioni medesime"¹¹.

⁹ Per un'ampia ricostruzione della cooperazione nell'impianto costituzionale cfr. F. Lotito, D. Nardella, *Art. 45*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, Utet, Milano 2006, 914 ss., 928-929.

¹⁰ Ciò che fino ad oggi, il Codice degli appalti prevedeva in una serie frammentata di disposizioni sparse, quali l'articolo 69 del Codice, in tema di clausole sociali in sede di esecuzione, ovvero l'articolo 52 per quel che riguarda gli appalti riservati e da ultimo, nel d.P.R. n. 207 del 2010 (Regolamento attuativo del Codice dei Contratti), l'articolo 283 circa la possibilità di stipulare Protocollo d'Intesa tra P.A. e le parti sociali per contrattare le modalità e le forme atte ad evidenziare gli aspetti sociali negli appalti pubblici.

¹¹ Sul punto la Corte di Cassazione ha osservato come la potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia previdenziale esclude che la Regione a statuto speciale, anche ove abbia, in materia, potestà legislativa integrativa, possa disporre in modo contrario a quanto disposto dalla legge statale, ovvero delineare "ex novo" uno spazio normativo prima inesistente, oppure disporre in un ambito dalla legge statale sottratto alla potestà regionale. Ciò però non esclude l'intervento della regione in uno spazio residuale che la legge statale non abbia a sé riservato. Ne è conseguito, nel caso di specie, che, in tema di cooperative sociali, ed in relazione al concetto di "persona svantaggiata" previsto dall'art. 4 legge n. 381 del 1991, legittimamente la regione Friuli Venezia Giulia ha esercitato la propria potestà integrativa individuando, con la legge reg. n. 7 del 1992, alcune categorie non espressamente contemplate tra le persone svantaggiate dal citato art. 4 della legge statale, posto che l'elencazione contenuta in tale articolo va intesa come una mera indicazione e non

Si è così indicato l'equilibrio, da un lato, tra la competenza esclusiva dello Stato in tema di tutela della concorrenza, dall'altro, si è conferito alle Regioni il compito di promuovere e sostenere lo sviluppo delle cooperative¹², senza scordarsi, peraltro, che l'art. 45 Cost. affida alla legge il compito di promuovere e favorire il mondo cooperativistico.

A fare da cornice sul rapporto Stato-Regioni in tema di potestà legislativa in materia di appalti è l'articolo 4, terzo comma, del Codice dei Contratti il quale stabilisce chiaramente i limiti della potestà legislativa regionale in tema di appalti, limitandola nei ranghi posti dall'articolo 117, secondo comma, della Costituzione. Ma non bastano le indicazioni normative nazionale poiché questi ultimi rilievi in ordine alla competenza legislativa devono soprattutto coordinarsi con i vincoli derivanti in primo luogo dall'ordinamento comunitario relativi alla tutela della concorrenza e del mercato unico, come previsto dal citato primo comma dell'art. 117 Cost. È, dunque, soprattutto la disciplina europea in tema di mercato ad orientare l'azione e gli indirizzi di politica economica degli Stati verso una concezione della concorrenza particolarmente competitiva che non si concilia direttamente con la – necessaria – tutela di aspetti sociali (e ambientali).

Pertanto, appare evidente una certa distanza tra il piano economico-sociale (di derivazione costituzionale) nel quale opererebbero le cooperative sociali favorite dalla norma in esame e la filosofia europea che invece muove il mercato degli appalti, votata alla massima competizione.

Queste appaiono come criticità cruciali soprattutto se inserite nel quadro della politica degli investimenti pubblici oggi particolarmente deficitaria in ragione delle ristrettezze di bilancio. Per cui, lo stanziamento di fondi per l'acquisizione di beni e forniture a seguito della riduzione delle dimensioni dei lotti per favorire le piccole e medie imprese (in controtendenza, quindi, con il principio delle economie di scala) potrebbe scontrarsi con gli obiettivi di (massima) concorrenza recepiti dalla Carta costituzionale.

A chiarire i termini del confronto è la giurisprudenza, in particolare quella costituzionale, a seguito dello sforzo nell'aver descritto ed evidenziato i confini ed i vincoli che discendono dalla normativa europea in tema, fornendo un quadro abbastanza esplicito dei pochi spazi concessi alle politiche sociali in materia di appalti.

Da questo punto di vista, si segnala quanto ben descritto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 401 del 2007.

I Giudici della Consulta, ricostruendo il quadro normativo comunitario da cui discende il Codice dei contratti (D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i.), delineano con precisione gli obiettivi e le finalità cui mira il Codice, in particolare rispetto ai profili della competenza esclusiva del legislatore statale in materia.

La Corte, nella citata sentenza, sottolinea come “La finalità perseguita con la direttiva n. 2004/18/CE 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» (Considerando numero 2 della citata direttiva 18 del 2004)”.

In particolare, aggiungono i Giudici della Consulta, “si è voluto, infatti, assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza anche mediante «regole dettagliate» volte a garantire «procedure di gara concorrenziali a livello della Unione europea» (Comunicazione interpretativa della Commissione, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici», del 1° agosto 2006)”.

Ma ciò che più rileva ai fini del presente lavoro è il passaggio in cui la Corte descrive gli obiettivi che la Corte di giustizia delle Comunità europee ha voluto sancire in tema di concorrenza e mercato.

esprime tassatività né preclusione all'integrazione, e che la norma regionale non ha un contenuto contrario alla legge statale, né delinea un nuovo spazio normativo creando un istituto prima non previsto (Corte di Cassazione, n. 5472 del 2005).

¹² Esempio di potestà legislativa regionale in tema di sostegno alla cooperazione è rappresentato dalla Legge regionale della Toscana, n. 73 del 2005 e s.m.i.

È la Corte di Giustizia ad aver sottolineato, infatti, che il fine essenziale sia quello di proteggere gli interessi degli operatori economici secondo il principio della libertà di stabilimento nel territorio comunitario e, a tal fine, di escludere sia il rischio che gli offerenti nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti sia la possibilità che un'amministrazione aggiudicatrice si lasci guidare da considerazioni non economiche (si veda, tra le altre, sentenza 27 novembre 2001, nelle cause riunite C-285/99 e C-286/99). Ciò si traduce nel rispetto del «principio di parità di trattamento degli offerenti», nonché nell'«obbligo di trasparenza» al fine di garantire il rispetto del «divieto di discriminazione in base alla nazionalità».

Descritti così i principi ispiratori della disciplina che si condensano, pertanto, nella materia della “tutela della concorrenza”, la Consulta ha avuto modo di stabilire, in una più recente sentenza, il rapporto tra competenza regionale e statale dando preminenza ai limiti derivanti dal rispetto dei principi della tutela della concorrenza poste a livello europeo. In tale ambito, la disciplina regionale non può avere un contenuto difforme da quella prevista, in attuazione delle norme comunitarie, dal legislatore nazionale e, quindi, non può alterare negativamente il livello di tutela assicurato dalla normativa statale. Il legislatore regionale, dunque, può legiferare solo nel rispetto del principio di uguaglianza tra i concorrenti, che deve essere uniforme su tutto il territorio nazionale.

È a questo punto che la disciplina in tema di cooperative sociali – con gli addentellati costituzionali che a questa conseguono – e il conferimento alle regioni del potere di promuoverle, si scontrano evidentemente con il più generale principio della tutela della concorrenza di esclusiva competenza dello Stato, come descritto dalle sentenze sopra riportate.

In altri termini, la possibilità per le regioni di favorire il fenomeno cooperativistico senza poterlo però esercitare direttamente sul terreno ove questo meglio si declinerebbe, qual è quello dei Contratti pubblici, in definitiva lascia al solo legislatore nazionale il potere di raggiungere gli obiettivi di politica costituzionale desumibili dalle norme sopra citate (artt. 2, 3, 4 e 27 Cost.).

La peculiare filosofia che contraddistinguerebbe la norma in commento è ancor più percepibile se la si confronta con la descrizione fornita nella sentenza n. 325 del 2010 sempre della Corte costituzionale intesa a ricostruire la “nozione comunitaria di concorrenza”, che si riflette su quella di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., anche per il tramite del primo comma dello stesso art. 117 e dell'art. 11 Cost.; nozione richiamata anche dall'art. 1, comma 4, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*).

“Secondo tale nozione”, affermano i Giudici nella sentenza n. 401 del 2007, “la concorrenza presuppone «la più ampia apertura al mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi». Essa, secondo la lettura della Corte, può essere tutelata mediante tipi diversi di interventi regolatori¹³, quali: 1) «misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che influiscono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati» (misure antitrust); 2) misure legislative di promozione, «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» (per lo più dirette a tutelare la concorrenza “nel” mercato); 3) misure legislative che perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di garanzia mediante la strutturazione di tali procedure in modo da realizzare «la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici».

La Corte conclude sul punto, ribadendo i principi cardine della disciplina: “Nell'ambito di tali misure e, in particolare, di quelle al punto 3), rientra espressamente la previsione di procedure concorsuali competitive di evidenza pubblica volte – come quelle di specie – a garantire il rispetto, per un verso, dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza e, per l'altro, delle regole

¹³ Come affermato in numerose pronunce di questa Corte (sentenze n. 270, n. 232 e n. 45 del 2010; n. 314 del 2009 e n. 148 del 2009; n. 63 del 2008; n. 430 e n. 401 del 2007; n. 272 del 2004).

dell'efficacia e dell'efficienza dell'attività dei pubblici poteri, al fine di assicurare la piena attuazione degli interessi pubblici in relazione al bene o al servizio oggetto dell'aggiudicazione”.

Parrebbe allora che la novella e la costante giurisprudenza in tema di mercato muovano in direzioni se non opposte quanto meno non parallele. Eppure, la giustapposizione tra la norma citata e la tradizione nozione di concorrenza¹⁴, sembra fornire uno spiraglio capace di conferire alla materia del mercato un respiro più ampio capace anche di offrire opportunità – seppur indirette – a quelle imprese, come le cooperative sociali, portatrici di valori aggiunti, quali quelli che possono ricondursi alle disposizioni di costituzionali richiamate all'inizio. La potenzialità del disposto, tuttavia, richiederebbe – alla luce dell'apparente discrasia sorta nel riparto delle competenze – comunque la sinergia di tutti i livelli legislativi chiamando in causa anche le Regioni, in modo tale da ‘intersecare’ le competenze esclusive con quelle concorrenti e residuali ma con obiettivi comuni; obiettivi, descrittici da sempre nella Carta costituzionale.

In conclusione, la norma adottata dal Legislatore, volta ad incentivare le PMI, consentendo, anzi imponendo alle Stazioni Appaltanti la suddivisione in lotti funzionali delle commesse pubbliche, può rappresentare uno strumento in grado di agevolare il raggiungimento di quei fini di carattere costituzionale, oggi messi in serio rischio dal contesto anticiclico in cui viviamo.

Il favore per le cooperative sociale, pur non escludendo un *minimum* di confronto concorrenziale, rappresenta comunque una concreta misura in grado di invertire od orientare la politica economica, senza che la stessa resti in mano alle sole regole del mercato. In definitiva, si può discutere della possibilità di una modulazione del mercato degli appalti (e forse proprio della politica economica in generale) – e quindi del sostegno alle imprese, ai lavoratori e all'indotto – che sia più attenta ai riflessi sociali che (solo) a quelli concorrenziali.

D'altro canto, però, non si possono sottacere le criticità legate al più generale contesto normativo, non solo nazionale, che punta invece ad un sempre maggiore allargamento del mercato, che ruota intorno al perno del controllo della spesa grazie ai presunti vantaggi legati alle economie di scala. Infatti, la maggior spinta per una sensibilizzazione degli aspetti sociali in tema di appalti, ma non solo, necessita di un confronto approfondito con i principi del libero mercato e di una concezione della politica economica prevalentemente “economicista” (e l'inciso dell'articolo 44, settimo comma, ce lo ricorda: “...*ove possibile ed economicamente conveniente*...”), i cui esiti e sviluppi sono oggi sul banco di prova.

Emerge allora la necessità di equilibrare, sul piano dei pubblici poteri, a partire dal riparto delle competenze, la tutela della concorrenza con i vantaggi connessi all'adozione di misure volte al sostegno e all'incentivazione di un'economia più rispondente alle esigenze sociali, come è quella perseguita dalle cooperative sociali. In buona sostanza, si tratta di determinare una sostenibilità della concorrenza tra imprese che privilegi quelle formazioni economiche capaci di valorizzare – più che l'offerta sul piano meramente economica – la qualità sociale (o anche ambientale) dei concorrenti, mettendo in risalto i vantaggi economici (sottaciuti) che da questa discendono, in termini di recupero sociale, assistenziale, previdenziale, ecc.

In generale, volgendo lo sguardo al mondo delle cooperative sociali di inserimento lavorativo si può quantomeno riconoscere alla novella la capacità di stimolare spunti di riflessione sui poteri/doveri dello Stato

¹⁴ Si può guardare, su questo aspetto, a quanto sostenuto dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici, nella *Segnalazione ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettere e) ed f), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 sulla predisposizione della legge annuale per il mercato e la concorrenza, disciplinata dall'art. 47 della legge 23 luglio 2009, n. 99, del 19 giugno del 2010* (http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=4263) ove tra i diversi aspetti affrontati, si legge “Il corretto funzionamento del mercato degli appalti pubblici è condizione per massimizzare l'efficienza della spesa pubblica ed incrementare la competitività del Paese: chiarezza e certezza delle regole costituiscono, a tal fine, due elementi fondamentali per proseguire il processo di razionalizzazione della normativa avviato con l'adozione del Codice dei contratti pubblici. Per altro verso, una gestione oculata e trasparente del processo di acquisizione di beni e servizi è indicativa della capacità di programmazione progettuale, tecnica e giuridica delle pubbliche amministrazioni necessaria affinché la spesa pubblica per beni e servizi possa essere veicolo di sviluppo, qualità ed innovazione. La qualità e l'efficienza dell'allocazione delle risorse pubbliche, come si è visto di rilevante entità, sono strettamente connesse al livello di trasparenza dei procedimenti amministrativi ed al grado di concorrenza tra gli operatori economici”.

di perseguire ed attuare il programma politico-economico contenuto nella Costituzione. È difficile dire, tuttavia, che la norma in commento rappresenti un segnale di cambiamento della politica economica che sia più rispondente al programma sociale descritto nella Costituzione, sicuramente rappresenta uno stimolo – forse non spontaneo – della necessità di un ripensamento dello schema economico oggi vigente che affida al solo mercato il compito di comporre il conflitto tra capitale e obiettivi di politica sociale.