

EDOARDO ALBERTO ROSSI *

*RILIEVI INTERNAZIONALISTICI SU CONCORRENZA E
VALORI SOCIALI A MARGINE DEL PNRR*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Influenze europee e internazionali sulla nozione di concorrenza adottata nel PNRR. – 3. La rinnovata centralità della legge annuale per il mercato e per la concorrenza. – 4. La tutela di valori sociali negli appalti pubblici quale esempio di influenza internazionale nell'assetto concorrenziale dei mercati. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Con l'approvazione del programma *Next Generation EU* (NGEU)¹, l'Unione europea ha assunto impegni di eccezionale portata economica per far fronte alla crisi pandemica COVID-19.

Al fine di poter beneficiare delle risorse messe a disposizione dal NGEU, l'Unione ha richiesto agli Stati membri di elaborare piani nazionali che illustrassero analiticamente le proposte di riforme e investimenti da attuare con le risorse europee.

* Ricercatore di Diritto internazionale – Università degli Studi di Urbino Carlo Bo.

¹ Il *Next Generation EU* è stato approvato dal Consiglio europeo nel mese di luglio 2020 (v. www.consilium.europa.eu/media/45109/210720-euco-final-conclusions-en.pdf) con l'intento di stanziare risorse economiche in favore degli Stati membri, vincolandole al bilancio dell'Unione. Le due più importanti componenti del *Next Generation EU* sono il Dispositivo per la Ripresa e Resilienza (RRF) – che destina una parte di risorse agli Stati membri a fondo perduto ed una parte vincolata a specifiche finalità – e il *React-EU*, pacchetto di assistenza alla ripresa per la coesione e i territori d'Europa. Il NGEU ha natura temporanea (2021-2023) ed è stato espressamente concepito come strumento per rilanciare l'economia europea nel periodo post-pandemico con una particolare attenzione per gli investimenti nella tecnologia digitale e nella sostenibilità ambientale (più dettagliatamente v. europa.eu/next-generation-eu/index_it). Sul NGEU e sulle sue modalità di attuazione v. G. CONTALDI, *La normativa per l'attuazione del programma Next Generation EU*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2021, p. 245 ss.

L'Italia ha presentato il suo PNRR – Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza², individuando sei aree per gli investimenti e quattro per le riforme di Pubblica Amministrazione, Giustizia, Semplificazione e Concorrenza.

In questo lavoro cercheremo di soffermarci sull'ultima di queste, la Concorrenza, proponendoci di formulare alcune considerazioni critiche su uno degli specifici aspetti menzionati nel piano italiano, il rapporto tra concorrenza e valori sociali, che sembra presentare profili problematici nel complicato bilanciamento tra interessi economici imprenditoriali e valori non economici di utilità sociale.

In particolare, dopo una succinta illustrazione dei caratteri definitivi della “concorrenza”, ci occuperemo dell'incidenza di alcuni valori, tutelati anche da fonti internazionali, sul funzionamento dell'assetto concorrenziale dei mercati (par. 2).

Infine prenderemo in esame più analiticamente i contenuti del PNRR italiano relativi alla promozione della concorrenza, valutando se le proposte italiane siano adeguate per il corretto bilanciamento degli interessi in gioco (par. 3). Al riguardo, possiamo anticipare che nel PNRR è stata attribuita una rinnovata centralità alla legge annuale per il mercato e la concorrenza, considerando la disciplina della concorrenza bisognosa di “manutenzione” costante, in funzione delle esternalità negative legate all'evoluzione dei mercati³.

In questo contesto occorrerà domandarsi se tale strumento sia idoneo a garantire il funzionamento concorrenziale dei mercati nel rispetto di alcuni fondamentali valori non economici, anche alla luce dei dettami provenienti dall'ordinamento europeo e internazionale, già manifestatisi in maniera assai evidente in alcuni settori, come, ad esempio, quello degli appalti pubblici (par. 4).

² Per il testo ufficiale del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) v. www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf.

³ Possiamo anticipare che dal PNRR emerge con chiarezza la visione secondo cui gli interventi regolatori della concorrenza vanno considerati interventi di correzione dei c.d. fallimenti di mercato. Su questa concezione v. M. LIBERTINI, voce “Concorrenza”, in *Enc. Dir.*, Ann., III, 2010, p. 208.

2. Influenze europee ed internazionali sulla nozione di concorrenza adottata nel PNRR

Sebbene a livello internazionale la promozione della concorrenza rientri anche tra le finalità di altre organizzazioni internazionali molto importanti, come l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE-OECD)⁴ e l'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC-WTO)⁵, in realtà nel PNRR è stata adottata una nozione di

⁴ Anche al fine di cooperazione e coordinamento nella gestione degli aiuti provenienti dal Piano Marshall, alcuni Stati europei nel 1948 hanno istituito l'Organizzazione per la cooperazione economica europea (OECE), liberalizzando gli scambi commerciali e i movimenti di capitali. Successivamente, l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), istituita con l'Accordo di Parigi del 14 dicembre 1960, ha sostituito l'OECE, annoverando oggi Stati membri non più soltanto europei. A norma dell'art. 1 dell'accordo istitutivo, l'OCSE ha lo scopo di promuovere politiche di espansione sostenibile dell'economia, dell'occupazione e del commercio in maniera non discriminatoria e nel rispetto degli obblighi internazionali.

⁵ Come è noto, l'OMC è nata con l'Accordo di Marrakech del 15 aprile 1994, frutto dell'Uruguay Round (1986-1994), ottava ed ultima fase di una serie di otto negoziazioni condotte dagli Stati membri dell'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio (GATT: *General Agreement on Tariffs and Trade*) del 1947. L'OMC ha così assunto, in forma istituzionalizzata, il ruolo del GATT nella regolamentazione del commercio internazionale, recependo ed incorporando, quali allegati dell'Accordo di Marrakech, l'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio e altri accordi multilaterali sugli scambi di merci (GATT 1994 - all. I A), l'Accordo generale sul commercio di servizi (GATS: *General Agreement on Trade in Services*) (all. I B), l'Accordo sugli aspetti commerciali dei diritti di proprietà intellettuale (TRIPs: *Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*), oltre agli altri allegati relativi al meccanismo di risoluzione delle controversie (all. II), al meccanismo di esame delle politiche commerciali (all. III) e ad altri accordi commerciali plurilaterali (all. IV). Tra gli obiettivi principali dell'OMC rientra la rimozione degli ostacoli agli scambi e l'eliminazione di trattamenti discriminatori nei rapporti commerciali garantendo crescita e sviluppo economico attraverso l'espansione della produzione e del commercio di beni e servizi in un'ottica di liberalizzazione degli scambi. Sugli obiettivi dell'OMC, limitandoci necessariamente ad alcuni più recenti riferimenti bibliografici, v. P. VAN DEN BOSSCHE, D. PREVOST, *Essentials of WTO law*, Cambridge, 2021, p. 10 ss.; B. KIEFFER, C. MARQUET, *L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public. Regards croisés sur le droit et la gouvernance dans le contexte de la mondialisation*, Bruxelles, 2020, p. 67 ss.; G. VENTURINI, *La struttura istituzionale dell'OMC*, in G. VENTURINI (a cura di), *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Milano 2015, p. 6 ss.; M. MATSUSHITA, *Basic Principles of the WTO and the Role of Competition Policy*, in *Washington University Global Studies Law Review*, 2004, p.

concorrenza maggiormente affine a quella dell'ordinamento dell'Unione europea.

Infatti, non è stata data particolare enfasi ad alcuni fattori – comunque imprescindibili nella nozione di concorrenza – che accomunano le menzionate organizzazioni internazionali, come la liberalizzazione degli scambi commerciali, la trasparenza, l'eguaglianza di trattamento tra imprese e il divieto di discriminazioni, riconoscendo per converso un ruolo decisivo alla duplice utilità che la “tutela e promozione della concorrenza” può assumere: da un lato l'aspetto “economico” della stessa – anche in quanto “principio-cardine dell'ordinamento dell'Unione europea”⁶ – che ne ha storicamente giustificato la regolamentazione a livello interno, europeo e internazionale; dall'altro lato la rilevanza che l'abbassamento dei prezzi e l'aumento della qualità di beni e servizi – conseguenze del corretto assetto concorrenziale dei mercati – può ottenere per l'eguaglianza sostanziale e la coesione sociale, specialmente in settori strategici come i servizi pubblici, i trasporti, la sanità e l'ambiente⁷.

Tale duplice anima della concorrenza trova solo parzialmente riscontro nella definizione di concorrenza alla quale comunemente ci si riferisce

363 ss.

⁶ PNRR, cit., p. 75.

⁷ Il riferimento ai “valori sociali” presente nel PNRR, con ciò riferendosi a “diritti e interessi non economici dei cittadini”, non rappresenta un aspetto nuovo nella disciplina della concorrenza. L'ordinamento italiano già conosce e promuove una visione della concorrenza intimamente collegata con il rispetto di valori non economici, come emerge dall'art. 41 della nostra Carta costituzionale che proibisce lo svolgimento della libera iniziativa economica in contrasto con l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà, la dignità umana, prevedendo, al terzo comma, che l'attività economica pubblica e privata venga “indirizzata e coordinata a fini sociali”. Ne deriva la prevalenza degli interessi non economici riconducibili alla categoria dell'utilità sociale sugli interessi imprenditoriali perseguiti mediante l'esercizio della libertà d'iniziativa economica. Il soddisfacimento di esigenze sociali può giustificare, dunque, interventi pubblici volti a comprimere o favorire l'esercizio della libera iniziativa economica in senso più o meno “concorrenziale”. Sul punto v. G. GHIDINI, voce “Monopolio e concorrenza”, in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano 1976, pp. 806-807, il quale osserva come la “subordinazione” dell'iniziativa economica all'utilità sociale legittimi “deviazioni” di funzionalità concorrenziale “imperfetta” rispetto al modello ideale di concorrenza. La sovraordinazione di una funzionalità “socialmente compatibile” ad una funzionalità di tipo concorrenziale legittimerebbe così l'imposizione di modelli più o meno concorrenziali in dati settori per realizzare interessi sociali (ad esempio fissando autoritativamente per fini sociali i prezzi di prodotti sul mercato).

anche a livello internazionale, che presenta comunque incertezze e divergenze di significato. Infatti, la delimitazione dei caratteri della concorrenza è stata spesso effettuata in contrapposizione alla nozione di monopolio, identificando quest'ultimo come il regime in cui l'iniziativa economica è riservata ad un solo operatore in grado di determinare le condizioni di mercato⁸; diversamente, il regime di concorrenza presupporrebbe la presenza di una pluralità di operatori economici, a ciascuno dei quali spetta la libertà di iniziativa senza essere in grado di influenzare in maniera determinante le condizioni di mercato⁹.

A livello europeo il valore della concorrenza e i benefici che da essa possono scaturire sono stati ben chiari sin dall'inizio del processo di integrazione, tanto da ricomprendere tra gli obiettivi fondamentali dell'Unione "la creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune"¹⁰.

Ne è emersa una definizione di concorrenza incentrata sull'eliminazione delle barriere e sulla creazione del mercato unico all'interno dell'Unione, offrendo alle imprese più efficienti l'opportunità di prevalere e ai cittadini maggiori possibilità di scelta¹¹.

La Corte di giustizia dell'Unione ha chiarito, d'altro canto, che la "concorrenza non falsata" voluta dai Trattati presuppone l'asservimento della stessa agli obiettivi di integrazione europea posti alla base degli stessi

⁸ G. FERRI, voce "Concorrenza", in *Enc. Dir.*, VIII, Milano 1961, pp. 532-533; G. GHIDINI, voce "Monopolio e concorrenza", cit., p. 787.

⁹ Si tratta, ovviamente, di un'espressione che semplifica notevolmente una realtà economico-giuridica assai più complessa e articolata nella quale si sviluppano situazioni e rapporti che non possono facilmente corrispondere alle categorie di "monopolio" e "concorrenza" e che comprendono molteplici e diversificate forme di esercizio dell'iniziativa economica: v. G. GHIDINI, voce "Monopolio e concorrenza", cit., pp. 787-788 e GIA. GUGLIEMETTI-GIO. GUGLIEMETTI, voce "Concorrenza", in *Dig. Disc. Priv.*, sez. comm., III, Torino 1988, p. 301.

¹⁰ V. art. 3 del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea, firmato a Roma il 25 marzo 1957, ma già all'art. 65 del Trattato istitutivo della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio, firmato a Parigi il 18 aprile 1951 era previsto il divieto di accordi e sistemi concordati tra imprese tesi "ad impedire, limitare o falsare il gioco normale della concorrenza". In tema V. M. LIBERTINI, voce "Concorrenza", cit., p. 192.

¹¹ Così A. PAPPALARDO, voce "Concorrenza, intese, concentrazioni, posizioni dominanti nel diritto comunitario", in *Dig. Disc. Priv.*, sez. comm., III, Torino 1988, p. 359.

Trattati¹². Ne è così derivato uno scollamento tra gli obiettivi perseguiti dal modello “ideale” di concorrenza e quello invece “strumentale” all’integrazione europea: la convinzione della superiorità del sistema di libero scambio – che lascia ai mercati il compito di autoregolarsi adattandosi ai mutamenti economici e sociali – ha gradualmente lasciato il posto alla ricerca di un modello di concorrenza “imperfetta” che si è manifestato con tutta evidenza con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009.

In questo scenario, infatti, il Trattato di Lisbona ha portato una rilevante novità: pur essendo stata mantenuta la disciplina sul divieto di concentrazioni e di abuso di posizioni dominanti (art. 102 ss. TFUE) e sul divieto di aiuti di Stato (art. 107 ss.), è stata rimossa la concorrenza dall’elenco delle finalità fondamentali dell’Unione, introducendo al paragrafo 3 dell’art. 3 del TUE il riferimento allo “*sviluppo sostenibile dell’Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un’economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell’ambiente*” (cors. agg.)¹³.

¹² Ad esempio, nella sentenza della Corte di giustizia, C-26/76, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contro Commissione delle Comunità europee*, 25 ottobre 1977, par. 20, si fa riferimento alla nozione di “*workable competition*”, tradotta come “concorrenza efficace” o “concorrenza effettiva”, intesa come “un’attività concorrenziale sufficiente a far ritenere che siano rispettate le esigenze fondamentali e conseguite le finalità del trattato e – in particolare – la creazione di un mercato unico che offra condizioni analoghe a quelle di un mercato interno”. In senso conforme, ma utilizzando l’espressione “*effective competition*”, v. altresì Corte di giustizia, C-6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. contro Commissione delle Comunità europee*, 21 febbraio 1973; C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG contro Commissione delle Comunità europee*, 13 febbraio 1979 e C-247/86, *Société alsacienne et lorraine de télécommunications et d’électronique (Alsatel) contro Novasam SA*, 5 ottobre 1988. Sul punto v. anche D. DURANTE, voce “Concorrenza (diritto comunitario)”, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano 1997, p. 355 e P. DE PASQUALE, *La tutela della concorrenza tra Unione europea, Stato e Regioni nella giurisprudenza costituzionale*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2005, p. 103.

¹³ Al riguardo, nel vasto panorama dottrinale, v. R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, pp. 32-33, il quale sottolinea, anche in relazione alla disciplina della concorrenza, “il passaggio ad una visione del processo di integrazione non solo ‘mercantilistica’, ma vieppiù permeata da alti valori sociali, culturali, umanistici e di legalità”.

Ora, questa modifica del Trattato assume un importante significato nel rinnovamento della concezione e della funzione della concorrenza. Attraverso l'esclusione dagli obiettivi dell'UE, essa cessa di essere considerata un "valore in sé"¹⁴, destinato ad esaurire la propria funzione sul piano economico, per andare a ricoprire un ruolo strumentale al soddisfacimento di risultati di utilità sociale come lo "sviluppo sostenibile", la "piena occupazione", il "progresso sociale" e la "qualità dell'ambiente" richiamati all'art. 3 del TUE¹⁵.

La promozione della concorrenza quale strumento volto a favorire lo sviluppo non solo economico ma anche sociale è quindi strettamente collegata alla preminenza gerarchica dei valori sociali che giustificano e orientano gli interventi dell'Unione (e degli Stati) sui mercati.

In questo contesto risulta pienamente coerente il richiamo all'"economia sociale di mercato" operato all'art. 3 TUE¹⁶. Questa politica economica teorizzata dalla Scuola di Friburgo¹⁷, che ha ispirato la ricostruzione tedesca dopo il secondo conflitto mondiale, rifiuta posizioni

¹⁴ V. M. LIBERTINI, voce "Concorrenza", cit., p. 194.

¹⁵ In tema v. P. DE PASQUALE, *Libera concorrenza ed economia sociale nel Trattato di Lisbona*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, p. 81 ss.

¹⁶ Dibattuta è l'origine del modello adottato per la disciplina della concorrenza dell'Unione. All'opinione di chi sostiene che vi sia alla base il rifiuto di modelli di politica economica dirigistica dando preferenza al modello statunitense improntato sulla libertà economica e sul gioco delle leggi del mercato – ispirando peraltro anche il sistema GATT e OECE – si contrappone chi, come P. PICONE, *Origine ed evoluzione delle regole di concorrenza comunitarie: l'apologia del mercato "sociale" europeo*, in *Crit. dir.*, 1974, p. 71, ha rinvenuto, più correttamente, nell'origine della disciplina l'ideologia dell'"economia sociale di mercato" e, in particolare, la volontà di rinnovamento del tradizionale liberalismo astensionista in forma maggiormente consona per la costruzione di un assetto della società non solo liberale ma anche "impegnato e progressista sul piano sociale". In questo aspetto P. DE PASQUALE, *La tutela della concorrenza*, cit., p.104, rileva un accoglimento delle teorie keynesiane, segnatamente nella misura in cui vengano ammesse restrizioni alla concorrenza attraverso misure pubbliche di incentivazione e sostegno volte a migliorare il comportamento del sistema economico favorendo sviluppo e coesione economico-sociale.

¹⁷ Sulla quale v. C. WATRIN, *The Principles of the Social Market Economy – its Origins and Early History*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1979, p. 405 ss.; R.H. HASSE, H. SCHNEIDER, K. WEIGELT (eds.), *Social Market Economy. History. Principles and Implementation – From A to Z*, Paderborn 2008, p. 27 ss.; F. FELICE, *L'economia sociale di mercato: origini e interpreti*, in AA.VV., *Le Regole della Libertà. Studi sull'economia sociale di mercato nelle democrazie contemporanee*, Milano 2010, p. 42 ss.

di liberismo estremo, preferendo alla pura autoregolazione dei mercati interventi statali mirati, volti ad assicurare l'erogazione di beni e servizi pubblici di utilità sociale. Questo non implicherebbe, tuttavia, la mancanza di attenzione per la tutela della concorrenza; invero, secondo l'economia sociale di mercato sono parimenti criticabili sia il liberismo estremo sia il dirigismo economico. A differenza di quest'ultimo l'economia sociale di mercato non intende ammettere interventi a protezione delle imprese già operanti sul mercato, ma, al contrario, richiede interventi volti ad assicurare la libera esplicazione della concorrenza tra le imprese¹⁸. I principi tradizionali dell'economia di mercato sono così riletti alla luce dell'attuazione di valori come la giustizia sociale, la solidarietà e l'uguaglianza¹⁹.

In questo quadro, finalità economiche e valori sociali sono in rapporto di interdipendenza, dovendosi le logiche di mercato integrare con interessi sociali di natura non economica. L'economia di mercato sarebbe quindi sostenibile e conforme alle finalità del Trattato soltanto se legata anche all'attuazione di politiche sociali che perseguano finalità non puramente economiche come, ad esempio, il diritto all'ambiente e la tutela della salute²⁰. In questo senso, la nozione di concorrenza secondo il diritto dell'Unione europea è una "concorrenza imperfetta", intesa in senso

¹⁸ La caratteristica principale dell'economia sociale di mercato è quella di tentare raggiungere un ordinamento in cui la libera iniziativa economica è conciliata con il progresso sociale in modo che sia raggiungibile il più largo benessere generale e la giustizia sociale nel rispetto dei diritti fondamentali. Le autorità, dunque, devono essere in grado di garantire il funzionamento regolare dell'assetto economico, mantenendo d'altro canto la propria posizione di neutralità verso gli operatori economici.

¹⁹ M. LIBERTINI, voce "Concorrenza", cit., p. 195. Al riguardo, come osservato da E. CATERINI, *La tutela giuridica del consumo nell'economia sociale di mercato europea. Dal globalismo ai globalismi*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, II, Milano 2005, p.1007, lo sviluppo economico è sostenibile e equo soltanto se la produzione e il consumo sono consapevoli della loro funzione strumentale allo sviluppo della persona.

²⁰ Nella stessa ottica deve essere letto anche l'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che pone la libertà d'impresa all'interno del catalogo dei diritti fondamentali dell'Unione aventi lo stesso valore giuridico dei Trattati. Il riconoscimento della libertà di impresa quale diritto fondamentale non deve essere contrapposto alle politiche in materia sociale costituite dall'adozione di misure positive in ambito sociale, sanitario, ambientale. Queste, infatti, sono pienamente compatibili con la concezione contemplata dall'economia sociale di mercato.

dinamico, poiché incline a tener conto delle evoluzioni commerciali, economiche e tecnologiche che interessano i mercati²¹

Il richiamo all'“economia sociale di mercato fortemente competitiva” dell'art. 3 TFUE vale quindi ad evidenziare la volontà dell'Unione europea di ricercare un punto di equilibrio tra liberalismo e interventismo pubblico intorno al quale la concorrenza possa assumere rilevanza anche in ottica sociale, funzionalmente ad una crescita economica sostenibile ed equilibrata.

3. La rinnovata centralità della legge annuale per il mercato e per la concorrenza

L'elemento maggiormente innovativo della proposta italiana in materia di concorrenza è l'utilizzo, ripartito in cinque ambiti di applicazione, della “legge annuale per il mercato e la concorrenza”. Quest'ultima è stata considerata lo strumento più efficace per promuovere la concorrenza attraverso la sistematica e continuativa revisione delle norme anticoncorrenziali presenti nell'ordinamento italiano.

²¹ V. P. DE PASQUALE, *Libera concorrenza ed economia sociale nel Trattato di Lisbona*, cit., pp. 84-85, secondo la quale la sostituzione dell'obiettivo-principio della concorrenza non falsata con quello dell'“economia sociale di mercato fortemente competitiva” non ha prodotto l'effetto di privare di valore la libera concorrenza. Tutte le normative nazionali che regolano le attività delle imprese potenzialmente idonee ad incidere sulle condizioni di concorrenza tra imprese, comprese le misure su prezzi e tariffe, sulla disciplina dei mercati, sul lavoro e sull'ambiente, restano infatti sottoposte ai generali divieti posti dalla disciplina europea sulla concorrenza.

In particolare, l'obiettivo a cui si tende è quello di garantire la cadenza annuale di tale legge, la quale, pur essendo espressamente prevista dalla legge n. 99/2009²², soltanto nell'anno 2017 è stata approvata²³.

L'art. 47 della legge n. 99/2009 prevede infatti l'approvazione con cadenza annuale della legge per il mercato e la concorrenza, su iniziativa del Governo, il quale è tenuto a presentarne il disegno al Parlamento nei

²² Legge 23 luglio 2009, n. 99, Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia, art. 47 - Legge annuale per il mercato e la concorrenza: 1. Il presente articolo disciplina l'adozione della legge annuale per il mercato e la concorrenza, al fine di rimuovere gli ostacoli regolatori, di carattere normativo o amministrativo, all'apertura dei mercati, di promuovere lo sviluppo della concorrenza e di garantire la tutela dei consumatori. 2. Entro sessanta giorni dalla data di trasmissione al Governo della relazione annuale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ai sensi dell'articolo 23 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, come modificato dal comma 5 del presente articolo, il Governo, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, tenendo conto anche delle segnalazioni eventualmente trasmesse agli stessi fini di cui al comma 1 del presente articolo dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, presenta alle Camere il disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza. 3. Il disegno di legge di cui al comma 2 reca, in distinte sezioni: a) norme di immediata applicazione, al fine, anche in relazione ai pareri e alle segnalazioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, espressi ai sensi degli articoli 21, 22 e 23 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nonché alle indicazioni contenute nelle relazioni annuali dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e delle altre autorità amministrative indipendenti, di rimuovere gli ostacoli all'apertura dei mercati, di promuovere lo sviluppo della concorrenza, anche con riferimento alle funzioni pubbliche e ai costi regolatori condizionanti l'esercizio delle attività economiche private, nonché di garantire la tutela dei consumatori; b) una o più deleghe al Governo per l'emanazione di decreti legislativi, da adottare non oltre centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge, ai fini di cui al comma 1; c) l'autorizzazione all'adozione di regolamenti, decreti ministeriali e altri atti, ai fini di cui al comma 1; d) disposizioni recanti i principi fondamentali nel rispetto dei quali le regioni e le province autonome esercitano le proprie competenze normative, quando vengano in rilievo profili attinenti alla tutela della concorrenza, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione; e) norme integrative o correttive di disposizioni contenute in precedenti leggi per il mercato e la concorrenza, con esplicita indicazione delle norme da modificare o abrogare. 4. Il Governo allega al disegno di legge di cui al comma 2 una relazione di accompagnamento che evidenzia: a) lo stato di conformità dell'ordinamento interno ai principi comunitari in materia di libera circolazione, concorrenza e apertura dei mercati, nonché alle politiche europee in materia di

sessanta giorni successivi alla ricezione della relazione annuale dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato²⁴.

Il disegno di legge deve essere strutturato in sezioni distinte, contenenti non soltanto le deleghe governative per l’adozione di decreti legislativi, l’autorizzazione all’emanazione di regolamenti ministeriali e le disposizioni sui principi fondamentali per l’esercizio delle competenze normative regionali in ossequio all’art. 117, comma 2, lett. e, Cost., ma anche e soprattutto le “norme di immediata applicazione” volte a rimuovere gli ostacoli regolatori – di natura normativa o amministrativa – all’apertura dei mercati, alla promozione della concorrenza e alla tutela dei consumatori.

Il disegno di legge deve essere accompagnato da una Relazione che illustri le segnalazioni e i pareri dell’AGCM, lo stato di attuazione degli interventi previsti nelle precedenti leggi, nonché “lo stato di conformità dell’ordinamento interno ai principi comunitari in materia di libera circolazione, concorrenza e apertura dei mercati, nonché alle politiche europee in materia di concorrenza” (art. 47, comma 4, lett. a).

Quest’ultimo elemento appare particolarmente significativo dell’incidenza nell’ordinamento interno della disciplina europea sulla concorrenza, la quale, come abbiamo visto, è basata sull’impostazione dell’economia sociale di mercato e sulla rilevanza che dopo il Trattato di Lisbona hanno ottenuto valori non economici come lo sviluppo sostenibile, la piena occupazione, il progresso sociale e la qualità dell’ambiente²⁵.

Nel 2017, la legge annuale per il mercato e la concorrenza ha introdotto misure relative a diverse aree tematiche.

concorrenza; b) lo stato di attuazione degli interventi previsti nelle precedenti leggi per il mercato e la concorrenza, indicando gli effetti che ne sono derivati per i cittadini, le imprese e la pubblica amministrazione; c) l’elenco delle segnalazioni e dei pareri dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, espressi ai sensi degli articoli 21 e 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, indicando gli ambiti in cui non si è ritenuto opportuno darvi seguito. 5. All’articolo 23, comma 1, primo periodo, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, le parole: “entro il 30 aprile di ogni anno” sono sostituite dalle seguenti: “entro il 31 marzo di ogni anno”.

²³ Trattasi della Legge 4 agosto 2017, n. 124 - Legge annuale per il mercato e la concorrenza.

²⁴ Legge 10 ottobre 1990, n. 287 - Norme per la tutela della concorrenza e del mercato, art. 23.

²⁵ V. *supra*, par. 1.

Essa ha, anzitutto, introdotto misure di protezione dei consumatori nel settore assicurativo (obbligo a contrarre, obblighi informativi, divieti di rinnovo tacito e rimodulazione delle tariffe in funzione dei comportamenti virtuosi degli automobilisti), pensionistico (trattamento di fine rapporto, diritto all'anticipo della prestazione pensionistica) e delle comunicazioni (limiti ai costi di recesso, cambio gestore, offerte promozionali, abbonamenti e semplificazione delle migrazioni da un operatore ad un altro). Ulteriori disposizioni concernenti la tutela dei consumatori sono state introdotte in materia di carburanti (ad esempio l'introduzione dell'anagrafe degli impianti stradali di distribuzione), di trasparenza nelle erogazioni pubbliche, di servizi bancari (comparabilità delle spese, limitazioni alle richieste di polizze assicurative, definizione del contratto di leasing finanziario), di trasporti (sistema nazionale di monitoraggio della logistica, obbligo biglietteria telematica online, obblighi informativi su rimborsi e indennizzi) e di obblighi di comunicazione a favore dei consumatori (obbligo di comunicazione del preventivo a carico dei professionisti e obbligo di comunicazione delle concentrazioni di imprese ad AGCM in modo da favorirne la relativa attività di controllo).

Accanto a tali misure, essenzialmente orientate alla tutela dei consumatori, sono state introdotte altre misure dirette a promuovere la concorrenza attraverso agevolazioni all'esercizio della libera iniziativa economica. Al riguardo è possibile richiamare le disposizioni volte a consentire l'esercizio di attività professionali in forma societaria, l'aumento del numero di notai, l'introduzione di misure dirette a favorire i pagamenti in forma elettronica, la liberalizzazione del mercato energetico e il superamento del servizio di maggior tutela, la previsione della nullità delle clausole contrattuali che impediscono agli imprenditori di praticare prezzi più convenienti rispetto a quelli proposti sulle piattaforme gestite da intermediari digitali.

È così possibile identificare nella legge annuale per il mercato e la concorrenza del 2017 due diverse linee direttive perseguite dal legislatore italiano: da un lato, l'irrobustimento dei diritti dei consumatori, facendo leva sulla debolezza contrattuale che connota la loro posizione sui mercati; dall'altro lato la rimozione di alcuni ostacoli al funzionamento concorrenziale dei mercati tentando di agevolare l'esercizio dell'iniziativa economica imprenditoriale.

In questo quadro, in cui sembra emergere una maggiore attenzione per gli aspetti legati alla protezione degli interessi dei consumatori rispetto agli

interessi commerciali degli imprenditori, occorre rilevare una scarsa attenzione per i profili di utilità sociale legati alla concorrenza.

Infatti, le misure rivolte all'incentivazione della concorrenza soltanto in minima parte sembrano tenere in considerazione aspetti extra-imprenditoriali. Fanno eccezione solo alcune semplificazioni degli adempimenti su raccolta e trasporto di rifiuti, le quali, facilitando le attività delle imprese del settore avrebbero potuto produrre benefici sul piano ecologico e ambientale²⁶.

Ai contenuti della legge per il mercato e per la concorrenza del 2017, sembrano accodarsi le proposte italiane del PNRR che prevedono di riporre, nell'adozione delle prossime leggi annuali per il mercato e la concorrenza, una particolare attenzione verso il critico quadro socioeconomico scaturito dalla pandemia. Infatti, oltre alle misure più frequentemente adottate in materia concorrenziale²⁷, come la realizzazione e la gestione di infrastrutture strategiche, la rimozione degli ostacoli all'entrata dei mercati, il rafforzamento dei poteri di *antitrust* e di vigilanza del mercato, si prevede che una specifica sezione delle prossime leggi annuali, a partire dal corrente anno 2021, sia dedicata alla promozione e alla conciliazione di "Concorrenza e valori sociali"²⁸.

Segnatamente, viene fatto riferimento alla promozione di "dinamiche competitive finalizzate ad assicurare anche la protezione di diritti e interessi non economici dei cittadini". Con questa espressione sembra quindi emergere la volontà di rendere la concorrenza uno strumento volto al soddisfacimento di valori sociali e non più soltanto di interessi puramente economici. A tal fine nel PNRR vengono indicate le misure

²⁶ Da segnalare anche l'introduzione e la rimodulazione di bonus economici nell'erogazione di energia per categorie di persone in gravi condizioni di salute, le disposizioni in materia di distribuzione farmaceutica di medicinali (ammissione all'ingresso di società di capitali, rimozione limiti alla titolarità di farmacie e agli orari di apertura) volte ad aumentare il livello di concorrenza e, allo stesso tempo, di efficienza a tutela della salute dei cittadini, la revisione della disciplina sui trasporti pubblici non di linea adeguandola alle nuove forme di mobilità erogata con l'intermediazione di piattaforme digitali, oltre alle piuttosto vaghe e puramente programmatiche disposizioni riguardanti l'adozione di piani urbani per mobilità sostenibile, anche attraverso lo sfruttamento di piattaforme digitali per favorire lo sviluppo urbano.

²⁷ PNRR, cit., p. 75 ss.

²⁸ PNRR, cit., pp. 76-77.

concretamente adottabili, ancorché limitatamente ai tre settori, ritenuti strategici, dei servizi pubblici locali, della sanità e della sostenibilità ambientale.

Quanto ai “servizi pubblici” viene immediatamente invocato un intervento di razionalizzazione e codificazione della normativa esistente all’interno di un testo unico che sia fondato sulla delimitazione della categoria dei “servizi pubblici”, specialmente nel settore dei trasporti pubblici locali. Inoltre, in relazione all’utilizzo dell’*in-house providing*, è stata palesata l’intenzione di introdurre una normativa che imponga alle amministrazioni di motivare anticipatamente e adeguatamente il mancato ricorso ai mercati con riferimento ai benefici finanziari e qualitativi dell’*in-house*.

L’implementazione di attività concorrenziali in ambito sanitario sarà basata, nelle intenzioni del PNRR, sulla revisione delle modalità di accreditamento delle strutture maggiormente incentrata sulla verifica dei risultati qualitativi delle stesse. Così, l’aumento del tasso di concorrenza potrà rappresentare un fattore idoneo a produrre anche benefici sociali, innalzando lo *standard* di protezione del diritto alla salute dei cittadini.

Infine, in relazione alla sostenibilità ambientale, si prevede il rafforzamento del dinamismo concorrenziale nel settore della gestione dei rifiuti – dando continuità alle misure adottate in materia già dalla legge annuale per il mercato e la concorrenza del 2017²⁹ – e della fornitura di energia derivante da fonti rinnovabili.

L’individuazione nel PNRR di questi tre settori strategici nei quali le misure di promozione della concorrenza dovranno essere adottate strumentalmente al raggiungimento di risultati di utilità sociale, può essere vista come espressione della “sovranità sociale” dello Stato nello scegliere autonomamente i valori di rilevanza sociale da difendere³⁰.

²⁹ V. *supra*.

³⁰ V. F. MARTINES, *Organizzazione Mondiale del Commercio e sovranità statale nella tutela dei valori sociali*, in AA.VV., *Studi di Diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli 2004, II, p. 1341 ss. Al riguardo, occorre notare che l’Unione europea, da una parte, ha investito in un grande piano di erogazione di risorse economiche agli Stati e, dall’altra, ha posto la disciplina generale della concorrenza alla quale gli Stati devono attenersi nell’adozione delle misure di attuazione delle loro riforme in materia. È però implicitamente riconosciuta agli Stati dalla stessa disciplina europea la possibilità di rivolgersi verso finalità sociali con misure sulla concorrenza e, nel fare questo, non può che

Il perseguimento di queste tre priorità sociali è soltanto in parte rinvenibile nel disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 approvato il 4 novembre 2021 dal Consiglio dei Ministri³¹.

Il disegno di legge tiene conto della relazione dell'AGCM del 22 marzo 2021³², inviata al Governo in ottemperanza all'art. 47 comma 2 della legge 99/2009, nella quale sono state proposte alcune linee di riforma per valorizzare il ruolo della concorrenza nel percorso di ripresa economica.

Gli interventi proposti dall'AGCM, suddivisi in sette sezioni, riguardano (i) gli investimenti in infrastrutture strategiche, (ii) la riforma degli appalti pubblici, (iii) la riforma dei servizi pubblici locali con limitazioni rigide per gli affidamenti *in-house*, (iv) la rimozione di ostacoli all'ingresso di nuovi operatori sui mercati, (v) l'introduzione di misure pro-concorrenziali per raggiungere obiettivi di sostenibilità ambientale, (vi) il rafforzamento del sistema sanitario e della salute pubblica incrementando l'offerta di servizi sanitari e la loro efficienza, (vii) l'incremento dei poteri di controllo dell'AGCM.

In questa cornice, ci sembra particolarmente utile verificare se le proposte dell'AGCM in materia di servizi pubblici locali, sostenibilità ambientale e sanità siano state accolte dal Consiglio dei Ministri nel DDL del 4 novembre 2022, la cui struttura rispecchia fedelmente la suddivisione in sezioni della proposta dell'AGCM.

Analizzandone i contenuti si nota come la sezione dedicata a “servizi pubblici essenziali e trasporti” abbia accolto per larghi tratti le indicazioni dell'AGCM, prevedendo l'attribuzione di una delega al Governo per l'adozione, entro sei mesi, di un testo unico in materia di servizi pubblici locali, nel quale, fornendo un quadro organico e coerente con i principi europei, dovrà essere data particolare attenzione al trasporto pubblico

essere lasciata autonomia di scelta delle priorità sociali, non potendo essere tollerate interferenze dell'Unione sui principi fondamentali dell'ordinamento.

³¹ <https://www.governo.it/it/articolo/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n-45/18476>

³² Segnalazione dell'AGCM rif. AS1730 - Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021 del 22 marzo 2021, consultabile su

[https://www.agcm.it/competenze/tutela-della-concorrenza/attivita-di-segnalazione/dettaglio?](https://www.agcm.it/competenze/tutela-della-concorrenza/attivita-di-segnalazione/dettaglio?db=C12563290035806C&uid=914911A1FF8A4336C12586A1004C2060)

[db=C12563290035806C&uid=914911A1FF8A4336C12586A1004C2060](https://www.agcm.it/competenze/tutela-della-concorrenza/attivita-di-segnalazione/dettaglio?db=C12563290035806C&uid=914911A1FF8A4336C12586A1004C2060)

locale, preferendo affidamenti mediante gare ad evidenza pubblica al ricorso a servizi *in-house* e adeguando l'assetto regolatorio alle nuove forme di mobilità urbana che si svolgono mediante piattaforme digitali³³.

Diversamente, nella sezione relativa a “concorrenza, energia e sostenibilità ambientale” le proposte dell'AGCM hanno trovato (parziale) accoglimento soltanto in relazione allo sviluppo delle infrastrutture per la ricarica elettrica e ai servizi di gestione dei rifiuti. La sezione del DDL in questione ha ignorato le dettagliate proposte dell'AGCM, la quale aveva invece elaborato un articolato piano di valorizzazione della concorrenza nella promozione della mobilità sostenibile e dell'economia circolare nel settore dei rifiuti³⁴. In particolare, l'AGCM ha proposto di aumentare il numero di punti di ricarica di veicoli elettrici – anche nei tratti autostradali – e di investire nello sviluppo tecnologico per ridurre i tempi necessari alla ricarica, favorendo, in tal modo, la circolazione di veicoli elettrici anche per tragitti medio-lunghi. Il rispetto di dinamiche concorrenziali in questo settore – sia in relazione all'installazione di punti di ricarica, sia all'individuazione dei prezzi – può risultare particolarmente utile per incentrare la diffusione su larga scala di infrastrutture di ricarica maggiormente efficienti.

Anche in relazione al settore dei rifiuti le proposte dell'AGCM sono state, per il momento, disattese. Segnatamente è stata proposta la promozione della concorrenza a beneficio delle imprese operanti nella lavorazione di ogni genere di rifiuti (speciali, differenziati o indifferenziati), per reimmetterli, ove possibile, nei cicli produttivi, favorendo così anche l'innovazione e lo sviluppo di nuove filiere con evidenti benefici non solo per il mercato, ma anche e soprattutto per l'ambiente.

Quanto al rapporto tra “concorrenza e tutela della salute”, il disegno di legge risulta incentrato essenzialmente sulle stesse tematiche della proposta dell'AGCM, la revisione del sistema di accreditamento delle strutture sanitarie e del sistema di distribuzione farmaceutica. Tuttavia, solo alcune delle misure proposte dall'AGCM sono state incorporate nel DDL:

³³ Per un inquadramento generale di queste nuove pratiche dell'economia della condivisione, ancorché con specifico riguardo alle implicazioni internazionalprivatistiche, si consenta di rinviare a E.A. ROSSI, *La sharing economy nel diritto internazionale privato europeo*, Torino 2019, p. 3 ss.

³⁴ Segnalazione dell'AGCM rif. AS1730, cit., sez. V.

quest'ultimo, infatti, si limita a prevedere l'introduzione di criteri di accreditamento e convenzionamento delle strutture private maggiormente trasparenti e dinamici garantendo verifiche periodiche e servizi più efficienti, nonché a rimuovere alcuni ostacoli all'ingresso e alla distribuzione di farmaci generici. Inascoltate sono dunque rimaste le proposte dell'AGCM relative all'aumento delle condizioni di concorrenza nell'accesso dei privati all'erogazione di servizi sanitari, consentendo una più efficiente allocazione delle risorse, all'incremento della competitività delle gare pubbliche per l'acquisto di farmaci e alla rimozione dei vincoli alle procedure di registrazione dei medicinali equivalenti prima della scadenza del brevetto.

Valutando complessivamente il disegno di legge, con particolare riferimento all'incorporazione di aspetti di utilità sociale nella riforma della concorrenza, notiamo come le misure proposte non si discostino particolarmente rispetto a quelle della legge sulla concorrenza del 2017, ripercorrendo per larghissimi tratti i temi e gli strumenti di riforma già noti al nostro ordinamento. Se, da un lato, l'intervento legislativo risponde ad una logica di "manutenzione costante" necessaria al mantenimento di un corretto ed efficiente assetto concorrenziale dei mercati, dall'altro lato sembra evidente che non sono state introdotte misure radicali di riforma che facciano presagire una svolta nella funzionalizzazione della concorrenza a finalità di interesse sociale.

4. La tutela di valori sociali negli appalti pubblici quale esempio di influenza internazionale nell'assetto concorrenziale dei mercati

Dall'analisi della sezione del PNRR relativa alla concorrenza è emersa, come abbiamo già notato³⁵, la forte convinzione che la ripresa economica necessiti inderogabilmente del corretto funzionamento concorrenziale dei mercati e che questo richieda l'eliminazione degli ostacoli di natura normativa e amministrativa. Al contempo, nel PNRR si prevede che ciò avvenga senza trascurare valori sociali che non solo devono essere conciliati con interessi imprenditoriali, ma devono essere promossi attraverso la concorrenzialità nei mercati.

³⁵ V. *supra*, par. 3

Uno dei settori che potrebbero contribuire notevolmente alla ripresa economica attraverso l'irrobustimento della concorrenza nel rispetto di valori sociali è quello degli appalti pubblici: esso rappresenta un esempio emblematico di come i valori sociali possano trovare spazio anche nelle dinamiche economiche concorrenziali.

Infatti, a livello internazionale, dopo una prima fase in cui la comunità degli Stati si è dedicata prevalentemente alla promozione della liberalizzazione, della non discriminazione, della trasparenza e dell'efficienza delle procedure di appalto – come testimoniato dal *GPA (Government Procurement Agreement)* dell'OMC del 1994, poi modificato nel 2012³⁶, il quale affida alla mera discrezionalità degli Stati la richiesta di "specifiche tecniche" in materia ambientale, senza prevedere alcunché sul rispetto di altri valori non economici³⁷ – è seguita una seconda fase in cui è stata dedicata maggiore attenzione all'attuazione di politiche sociali attraverso gli appalti pubblici³⁸.

Non si discosta dall'impostazione e dai principi posti nel *GPA* dell'OMC il *Model Law on Public Procurement* dell'UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) del 1994, rinnovato nel 2011³⁹. Questo strumento è stato concepito al fine di fornire ai legislatori nazionali un esempio di legge-tipo sulla disciplina degli appalti, in modo da assicurare procedure trasparenti, efficienti e non discriminatorie, contribuendo ad assicurare un regime di equa concorrenza tra le imprese interessate⁴⁰. Anch'esso attribuisce un ruolo secondario alle “*socio-economic policies*” – intese come “*environmental, social, economic and other*

³⁶ Si veda al riguardo R.D. ANDERSON, A.C. MÜLLER, *The Revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Key Design Features and Significance for Global Trade and Development*, in *Georgetown Journal of International Law*, 2017, p. 958 ss.

³⁷ Sul punto v. D. RUSSO, *The Duty to Protect in Public Procurement: Toward a Mandatory Human Rights Clause?*, in A. BONFANTI (ed.), *Business and Human Rights in Europe: International Law Challenges*, London, 2018, p. 64 ss.

³⁸ E.A. ROSSI, *Human Rights Clauses in Public Procurement: A New Tool to Promote Human Rights in (States') Business Activities?*, in M. BUSCEMI, N. LAZZERINI, L. MAGI, D. RUSSO (eds), *Legal Sources in Business & Human Rights. Evolving Dynamics in International and European Law*, Leiden 2020, p. 276 ss.

³⁹ UNCITRAL *Model Law on Public Procurement* del 1 luglio 2011, consultabile su <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/2011-model-law-on-public-procurement-e.pdf>.

policies of this State authorized or required by the procurement regulations or other provisions of law of this State to be taken into account by the procuring entity in the procurement proceedings” (art. 2) – poiché esse sono previste soltanto in via eventuale, lasciando ai legislatori statali piena discrezionalità sulla possibilità di richiederle o meno nell’ambito delle procedure di appalto (art. 25, lett. i).

Di questi strumenti va comunque apprezzato il primo riconoscimento di una certa rilevanza, ancorché in termini puramente facoltativi, ai valori non economici nell’ambito di procedure di appalto, individuando un possibile spazio per considerazioni sociali ed ambientali.

Un importante mutamento di prospettiva ha preso avvio a partire dal rapporto del 7 aprile 2008 di John Ruggie, *Special Representative* del Segretario generale delle Nazioni Unite sui diritti umani e le società transnazionali e altre imprese commerciali, “*Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*”, con il quale, attraverso una struttura tripartita in *State Duty to Protect* (dovere degli Stati di proteggere i diritti umani), *Corporate Responsibility to Respect* (responsabilità delle imprese di rispettare i diritti umani) e *Access to Effective Remedy* (accesso a rimedi effettivi), sono state poste le basi per l’adozione da parte del Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite, nel 2011, dei “Principi Guida su impresa e diritti umani” (*Guiding Principles on Business and Human Rights – UNGP on B&HR*)⁴¹.

I Principi, pur non possedendo natura vincolante, procedono nettamente in direzione di un marcato riconoscimento della centralità dei valori sociali negli appalti, in ragione della necessità di proteggere i diritti umani – compresi i diritti ambientali – anche nell’ambito di relazioni imprenditoriali.

Con specifico riguardo per gli appalti pubblici, in accordo al Principio n. 5 gli Stati dovrebbero verificare che gli obblighi internazionali sui diritti umani siano rispettati anche in sede legislativa e quando vengono conclusi

⁴⁰ S. ARROWSMITH, C. NICHOLAS, *The UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services: Past, Present and Future*, in S. ARROWSMITH (ed.), *Reform of the UNCITRAL Model Law on Procurement: Procurement Regulation in the 21st Century*, Eagan, 2009, p. 32 ss.

⁴¹ Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite, Risoluzione n. 17/4 del 16 giugno 2011.

contratti pubblici con imprese commerciali (“*States should exercise adequate oversight in order to meet their international human rights obligations when they contract with, or legislate for, business enterprises to provide services that may impact upon the enjoyment of human rights*”). Analogamente, il Principio n. 6 prevede che gli Stati promuovano il rispetto per i diritti umani ad opera delle imprese con cui stringono rapporti commerciali (“*States should promote respect for human rights by business enterprises with which they conduct commercial transactions*”).

Emerge, dunque, da questi due principi la volontà di prevenire il coinvolgimento degli Stati, in via diretta o indiretta, nelle violazioni di diritti umani, anche nell'ambito dell'esecuzione di prestazioni appaltate dagli stessi. Questo, infatti, potrebbe verificarsi con l'acquisto di beni o servizi da imprese che inquinano l'ambiente o che non garantiscono adeguate condizioni di lavoro ai propri dipendenti⁴².

L'Unione europea ha inizialmente adottato alcuni atti non vincolanti, tra i quali è possibile ricordare la Comunicazione della Commissione europea del 3 marzo 2010 con la quale è stata proposta la Strategia decennale *Europe 2020 - A strategy for smart, sustainable and inclusive growth*, nonché le due Guide *Buying Green! A Handbook on green public procurement* del 2004 e *Buying Social: A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement* del 2011, entrambe oggetto di successive edizioni aggiornate, volte a supportare le autorità appaltanti nell'acquisto sostenibile di beni e servizi rispettosi dell'ambiente e nella predisposizione di appalti “socialmente responsabili” in tutte le fasi della procedura (specifiche tecniche, criteri di selezione, aggiudicazione, esecuzione e vigilanza), migliorando il rispetto dei diritti umani, dell'ambiente e delle condizioni di lavoro e rafforzando, in buona sostanza, la rilevanza della dimensione sociale e sostenibile degli appalti.

Successivamente è stata emanata la direttiva 24/2014/UE sugli appalti pubblici – che ha riformato il vigente quadro legislativo europeo congiuntamente alla direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi

⁴² Non è un caso che anche l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite contempli nei targets 12.6 e 12.7 il “*sustainable public procurement*”, in quanto componente essenziale degli auspicati modelli di produzione efficienti e socialmente sostenibili.

postali e alla direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione – che contiene diverse disposizioni poste a tutela di valori sociali ed ambientali nelle procedure e nell'esecuzione dei contratti di appalto⁴³.

Al riguardo è possibile segnalare l'art. 42, che concede agli Stati la facoltà di prevedere specifiche tecniche formulate in termini di “prestazioni o di requisiti funzionali, comprese le caratteristiche ambientali” (par. 3, lett. *a*); nonché l'art. 67 che consente alle amministrazioni di aggiudicare gli appalti secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa valutando discrezionalmente “il miglior rapporto qualità/prezzo”, anche sulla base di “aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto pubblico in questione”⁴⁴.

Analogamente, anche in relazione alle condizioni di esecuzione dell'appalto alle amministrazioni all'art. 70 è concessa la libertà di esigere condizioni particolari che “possono comprendere considerazioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione”.

Alle precedenti disposizioni, che concedono libertà di scelta agli Stati, è però affiancato l'art. 18, par. 2, che non si limita a riconoscere facoltà discrezionali ma impone l'obbligo di assicurare che le imprese appaltatrici eseguano il contratto, a pena di esclusione dalla gara, nel rispetto dei vincoli stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi e dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale,

⁴³ Dai *considerando* della direttiva 24/2014/UE emerge chiaramente la volontà “di un'adeguata integrazione dei requisiti in materia ambientale, sociale e di lavoro nelle procedure di appalto pubblico” (*considerando* 37), anche “nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile” (*considerando* 91).

⁴⁴ Direttiva 24/2014/UE, art. 67, par. 2, in cui si chiarisce che “tra tali criteri possono rientrare ad esempio: a) la qualità, che comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, caratteristiche sociali, ambientali e innovative, e la commercializzazione e relative condizioni; b) organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto; o c) servizi post-vendita e assistenza tecnica, condizioni di consegna quali data di consegna, processo di consegna e termine di consegna o di esecuzione”.

sociale e del lavoro indicate nell'allegato X, che include varie convenzioni dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro a tutela dei diritti dei lavoratori⁴⁵ e alcune convenzioni internazionali sulla protezione dell'ambiente⁴⁶.

In tal modo, il legislatore europeo ha adottato una tecnica legislativa molto interessante, che potrebbe trovare applicazione anche in materia di attuazione di valori sociali nella disciplina della concorrenza: le convenzioni dell'allegato X sono infatti rese vincolanti anche per gli Stati che non le hanno ratificate, poiché essi sono comunque obbligati dai Trattati europei a dare attuazione alla direttiva adeguando i propri ordinamenti interni anche in riferimento al par. 2 dell'art. 18 che li vincola al rispetto delle convenzioni dell'allegato X.

Questa tecnica ha consentito dunque di rendere vincolanti ed applicabili strumenti che non lo sarebbero, elevando il livello di protezione dei diritti fondamentali e di altri aspetti socialmente rilevanti nell'ambito degli appalti pubblici. In quest'ottica, gli appalti pubblici potrebbero essere considerati uno strumento attuativo di politiche pubbliche generali orientate al soddisfacimento di esigenze sociali.

Un modello ed una tecnica analoga potrebbero essere proposti anche per le misure legislative concernenti la concorrenza che non solo dovrebbero tenere conto di considerazioni sociali per garantire l'osservanza anche in ambito commerciale, ma potrebbero essere funzionali a dare attuazione concreta a più ampie politiche volte a promuovere, a

⁴⁵ Convenzione OIL 87 sulla libertà d'associazione e la tutela del diritto di organizzazione; Convenzione OIL 98 sul diritto di organizzazione e di negoziato collettivo; Convenzione OIL 29 sul lavoro forzato; Convenzione OIL 105 sull'abolizione del lavoro forzato; Convenzione OIL 138 sull'età minima; Convenzione OIL 111 sulla discriminazione nell'ambito del lavoro e dell'occupazione; Convenzione OIL 100 sulla parità di retribuzione; Convenzione OIL 182 sulle peggiori forme di lavoro infantile.

⁴⁶ Convenzione di Vienna per la protezione dello strato di ozono e protocollo di Montreal relativo a sostanze che riducono lo strato di ozono; Convenzione di Basilea sul controllo dei movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e del loro smaltimento (Convenzione di Basilea); Convenzione di Stoccolma sugli inquinanti organici persistenti; Convenzione di Rotterdam sulla procedura di previo assenso informato per taluni prodotti chimici e pesticidi pericolosi nel commercio internazionale e i relativi tre protocolli regionali.

livello generale, valori collettivi di interesse sociale come la tutela dell'ambiente e della salute⁴⁷.

5. Conclusioni

La “sovraordinazione” dell'utilità sociale, espressione di interessi extraimprenditoriali, alla libertà di iniziativa economica e ai correlati criteri concorrenziali non è una tendenza nuova nel nostro ordinamento⁴⁸.

Risponde a questa logica l'abbinamento di interventi di promozione della concorrenza mediante il rafforzamento della libera iniziativa economica con interventi volti a perseguire finalità sociali, nella consapevolezza che la crescita economica è sostenibile solo se compatibile con interessi di natura sociale della comunità.

L'assetto dei mercati non può tendere soltanto all'efficienza ma deve essere costantemente oggetto di correttivi per tenere conto di valori sociali come l'ambiente, la salute e, più in generale, il rispetto dei diritti fondamentali dei cittadini.

In altri termini deve essere raggiunto il massimo grado di concorrenza dei mercati nei limiti in cui ciò sia anche strumentale al rispetto e al soddisfacimento delle esigenze di natura sociale meritevoli di protezione, come quelle menzionate dall'art. 3 TFUE: “sviluppo sostenibile”, “piena occupazione”, “progresso sociale” e “qualità dell'ambiente”⁴⁹.

La corretta definizione dell'“efficienza” richiamata tra le parole d'ordine del PNRR non può dunque essere limitata soltanto alla sua

⁴⁷ Sul problematico rapporto tra concorrenza e politiche generali, con specifico riferimento alla protezione dei diritti umani nell'ambito delle attività di impresa e agli obblighi incombenti in materia sulle imprese e sugli Stati v. F. MARRELLA, *Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2016, p. 67 ss.

⁴⁸ G. GHIDINI, voce “Monopolio e concorrenza”, cit., p. 807, il quale sottolinea tale tendenza facendo leva sul dato normativo dell'art. 41, comma 2, Cost., secondo cui la libera iniziativa economica privata “[n]on può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”. Sul punto v. anche L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti “prioritari” alla libertà di iniziativa economica?*, in *Federalismi.it*, 2021, p. 2 ss.

⁴⁹ V. *supra*, par. 2.

dimensione puramente economica, anche in conformità alle istanze sovranazionali dell'Unione europea e della Comunità internazionale⁵⁰.

Negli intenti il PNRR si pone sicuramente in questa dimensione, proponendo quantomeno a livello di dichiarazioni di principi, interventi atti ad assicurare che il contesto dei mercati in cui si esplica l'iniziativa economica consenta un adeguato temperamento tra concorrenza e valori sociali fondamentali.

Tuttavia, benché molte proposte non possano che essere accolte con favore, alcune perplessità scaturiscono dal mancato inserimento delle dettagliate proposte dell'AGCM – soprattutto in materia di ambiente e di sanità⁵¹ – all'interno delle prime versioni del disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021. Le difficoltà nell'introduzione di misure sicuramente condivisibili trasversalmente fa sorgere dubbi sull'adeguatezza dello strumento scelto dal PNRR per la riforma della concorrenza.

In proposito sembra assai significativo il fatto che dopo il 2017 la legge annuale non è più stata adottata. È vero che il DDL 2021 sembra molto più puntuale, conciso e mirato rispetto alla lunghissima e disorganica legge annuale del 2017, nella quale sono confluite disposizioni sui settori più disparati, alcuni solo marginalmente rilevanti per le dinamiche concorrenziali, ma permane comunque il dubbio sull'idoneità della legge annuale sulla concorrenza per raggiungere gli obiettivi proposti dal PNRR e richiesti dall'Unione europea ai fini del conseguimento delle risorse economiche del NGEU.

⁵⁰ A tal riguardo occorre ricordare che a livello internazionale è in corso di negoziazione un accordo su *business* e diritti umani (*Binding Instrument on Business and Human Rights*) promosso dal Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite con la Risoluzione 26/L22 del 25 giugno 2014, *Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*. Con tale risoluzione è stato costituito un gruppo di lavoro intergovernativo (IGWG) incaricato di predisporre il testo dell'accordo. Per una ricostruzione del contesto di nascita dell'iniziativa e dei successivi sviluppi v. ampiamente O. DE SCHUTTER, *Towards a New Treaty on Business and Human Rights*, in *Business and Human Rights Journal*, 2016, p. 41 ss.; S. DEVA, D. BILCHITZ (eds), *Building a Treaty on Business and Human Rights. Context and Contours*, Cambridge, 2017; M. FASCIGLIONE, *Another Step on the Road? Remarks on the Zero Draft Treaty on Business and Human Rights*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 640 ss., nonché il sito istituzionale www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/wgtranscorp/pages/igwgontnc.aspx.

⁵¹ V. *supra*, par. 3.

Infatti, se da una parte sembra condivisibile la logica secondo cui una legge annuale, periodica e ricorrente, possa far fronte in maniera sistematica alle esigenze di regolazione concorrenziale dei mercati in ottica di utilità sociale, dall'altra parte non sembra poter essere escluso il rischio che il legislatore ceda alla tentazione di includere nella legge annuale disposizioni non pertinenti, rendendo complesso, confuso e disomogeneo il quadro normativo, con tutte le ricadute che ne possono discendere, anche sul piano economico, in termini di efficacia, efficienza e giustizia.