

La potestà legislativa delle Regioni in materia di contratti pubblici dopo le sentenze della Corte costituzionale n. 401 e n. 431 del 2007

*Annamaria De Michele**

Sommario

1. *L'assetto delle competenze legislative dello Stato e delle Regioni delineato nel Codice dei contratti pubblici.* – **2.** *L'assetto delle competenze al vaglio della Corte costituzionale.* – **3.** *La fase di scelta del contraente.* – **3.1.** *La competenza dello Stato a tutela della concorrenza.* – **3.2.** *I limiti interni della competenza statale a tutela della concorrenza.* – **3.3.** *Gli spazi che residuano alla potestà legislativa delle Regioni nella fase pubblicistica dopo le sentenze della Corte costituzionale n. 401 e n. 431 del 2007.* – **4.** *La fase della stipulazione e dell'esecuzione dei contratti pubblici.* – **5.** *Qualche spunto sulla legge regionale dell'Emilia-Romagna n. 28 del 21 dicembre 2007 "Disposizioni per l'acquisizione di beni e di servizi".*

1. L'assetto delle competenze legislative dello Stato e delle Regioni delineato nel Codice dei contratti pubblici

Dopo le sentenze della Corte costituzionale n. 401 del 23 novembre 2007 e n. 431 del 14 dicembre 2007, che hanno contribuito a chiarire il riparto delle competenze tra Stato e Regioni nell'ambito dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture che era stato tratteggiato dall'art. 4 del d.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006, occorre chiedersi quali siano gli spazi che concretamente residuano in capo al legislatore regionale nella disciplina delle fasi pubblicistica e privatistica dell'attività contrattuale. L'occasione di questa riflessione è data dalla recente approvazione della legge regionale dell'Emilia-Roma-

(*) Dottore di ricerca in Diritto pubblico presso l'Università degli studi di Bologna.

gna, n. 28 del 21 dicembre 2007, contenente “Disposizioni per l’acquisizione di beni e di servizi”, che segue di soli quindici giorni la seconda delle due sentenze della Corte costituzionale citate.

Con l’adozione del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive n. 2004/17/CE e n. 2004/18/CE, con d.lgs. n. 163 del 2006, il legislatore statale si è correttamente posto il problema di individuare e di delimitare i confini della potestà legislativa e regolamentare dello Stato e delle Regioni, nel rispetto di quanto è prescritto dall’art. 117 Cost. Si è trattato, evidentemente, di un’operazione tutt’altro che semplice, poiché, come si vedrà meglio in seguito, si è svolta in un ambito nel quale le competenze dello Stato si affiancano o si sovrappongono a quelle delle Regioni.

Rispetto al vecchio testo dell’art. 117 Cost., che contemplava la materia dei lavori pubblici “di interesse regionale” tra quelle di potestà legislativa concorrente Stato-Regioni ⁽¹⁾, il nuovo testo non menziona espressamente i lavori pubblici, i servizi e le forniture tra le materie di potestà legislativa esclusiva o concorrente dello Stato.

Limitatamente agli appalti di lavori, in dottrina non erano mancate voci isolate secondo cui essi dovevano considerarsi oggetto della potestà legislativa residuale delle Regioni, che potevano disciplinare la “materia” con gli unici vincoli costituiti dal rispetto delle norme costituzionali e comunitarie (in particolare le direttive n. 2004/18/CE e n. 2004/17/CE). Le Regioni avevano assunto invece una posizione parzialmente diversa, inserendoli nella materia “governo del territorio”, prevista dall’art. 117, comma 3, Cost. che comprende “in linea di principio, tutto ciò che attiene all’uso del territorio e alla localizzazione di impianti e di attività”, secondo la nozione data

(1) Nella sentenza n. 482 del 7 novembre 1995, la Corte costituzionale aveva dichiarato illegittimo l’art. 1 della legge n. 109 dell’11 febbraio 1994, nella parte in cui imponeva alle Regioni il rispetto di tutte le norme contenute nella legge, e non solo dei principi da essa desumibili.

dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 307 del 3 ottobre 2003 ⁽²⁾.

Nessuna delle due interpretazioni sopra accennate ha avuto credito presso la Corte costituzionale. Nella sentenza n. 303 del 2003 ⁽³⁾, con specifico riferimento ai lavori pubblici, questa ha chiarito definitivamente che “la mancata inclusione dei lavori pubblici nella elencazione dell’art. 117, diversamente da quanto sostenuto in numerosi ricorsi, non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni. Al contrario si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell’oggetto al quale afferiscono, e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato, ovvero a potestà legislative concorrenti” ⁽⁴⁾. Come la stessa Corte costituzionale ha avuto modo di precisare nella successiva sentenza n. 401 del 2007, “tali affermazioni non valgono soltanto per i contratti di appalto di lavori, ma sono estensibili all’intera attività contrattuale della pubblica amministrazione che non può identificarsi in una materia a sé, ma rappresenta appunto un’attività che inerisce alle singole materie sulle quali essa si esplica”.

La disciplina giuridica degli appalti di lavori, servizi e forniture non costituisce un blocco normativo unitario, che possa essere integralmente inquadrato in una delle materie elencate

(2) Camera dei Deputati, VIII Commissione (Ambiente, territorio e lavori pubblici): audizione informale delle Regioni sulle problematiche concernenti l’attuazione del d.lgs. n. 163 del 2006.

(3) Per un commento si vedano *ex multis*: A. CLARIZIA, *Lavori pubblici*, in *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, a cura di G. CORSO, V. LOPILATO, Milano, Giuffrè, 2006, Parte Speciale, vol. I, p. 483 ss.; A. D’ATENA, *L’allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale (nota a Corte cost. 303/2003)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, p. 2776 ss.; S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Le Regioni*, 2004, p. 578 ss.; L. VIOLINI, *I confini della sussidiarietà: potestà legislativa concorrente, leale collaborazione e strict scrutiny*, in *Le Regioni*, 2004, p. 587 ss.; A. GENTILINI, *Dalla sussidiarietà amministrativa alla sussidiarietà legislativa, a cavallo del principio di legalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, p. 2805 ss.

(4) Affermazione ripresa anche nel parere n. 355 del 6 febbraio 2006 del Consiglio di Stato, sez. cons. atti normativi, par. 3.

dall'art. 117 Cost.: su di essa si manifestano, invece, sia le competenze esclusive dello Stato, sia le competenze concorrenti dello Stato e delle Regioni, sia le competenze residuali di queste ultime. Tale disciplina giuridica sembra frantumarsi in una pluralità di profili, in relazione ad ognuno dei quali è necessario individuare, di volta in volta, chi sia il legislatore competente, e quale titolo competenziale possa vantare (esclusivo dello Stato, concorrente Stato-Regioni, o residuale delle Regioni) ⁽⁵⁾. Fermo restando che, ove un medesimo profilo sia astrattamente riconducibile ad ambiti materiali che spettano a legislatori diversi, si pone un problema di concorrenza di competenze che potrà essere risolto sulla base del principio di “leale collaborazione”, che consente di tenere conto della peculiarità delle singole situazioni, ovvero del principio della prevalenza, il quale impone di stabilire a quale materia appartenga il suo nucleo essenziale, per individuare chi sia il soggetto competente a disciplinarlo ⁽⁶⁾.

Il risultato è che, in questo ambito, le competenze dello Stato e delle Regioni si intrecciano in modo pressoché inestricabile, creando evidenti difficoltà in capo a ciascuno di essi nello stabilire a chi spetti la disciplina di un determinato profilo, e fino a che punto sia abilitato a disciplinarlo ⁽⁷⁾.

Nel tentativo di porre rimedio ai problemi che sarebbero inevitabilmente sorti ove il riparto delle competenze fosse stato affidato esclusivamente all'intervento e alla capacità di

(5) La ricomposizione della disciplina dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture in un blocco normativo pressoché unitario, attualmente contenuto nel Codice dei contratti pubblici, non ha luogo in via preventiva, in forza dell'inquadramento di essi in un'unica materia di competenza statale, ma in via – per così dire – successiva, poiché i singoli profili sono stati ricondotti, nella maggior parte dei casi, nelle materie di potestà legislativa esclusiva (tutela della concorrenza, ordinamento civile, giustizia) o concorrente (governo del territorio, tutela della salute, ecc.) dello Stato.

(6) Si veda ad es. la sentenza della Corte costituzionale n. 50 del 13 gennaio 2005, che rinvia a sua volta alla sentenza n. 370 del 17 dicembre 2003.

(7) Nel parere n. 355 del 2006 cit., il Consiglio di Stato ha definito il riparto di competenze in questo settore “altamente problematico”.

autolimitarsi di ciascun legislatore, nel Codice è stata inserita una norma che ha tentato di individuare espressamente, in positivo ed in negativo, la potestà legislativa delle Regioni e delle Province autonome, elaborata tenendo conto delle indicazioni fornite dal Consiglio di Stato nel parere n. 355 del 2006. La norma non ha, né potrebbe evidentemente avere, carattere innovativo rispetto a quanto è stabilito nell'art. 117 Cost., ma assume rilievo in quanto tenta di definire concretamente quali sono gli ambiti sui quali si esplica la potestà legislativa esclusiva e concorrente dello Stato, vincolando di conseguenza la potestà legislativa delle Regioni.

Il primo comma dell'art. 4 assoggetta la potestà normativa delle Regioni ai vincoli che derivano dall'ordinamento comunitario, e alle disposizioni relative alle materie di competenza esclusiva dello Stato; il secondo assoggetta la potestà normativa delle Regioni ai principi fondamentali contenuti nelle norme del Codice, individuando esplicitamente alcuni ambiti ritenuti di diretta riconducibilità alla potestà legislativa concorrente (in tema di programmazione dei lavori pubblici, approvazione dei progetti a fini urbanistici ed espropriativi, organizzazione amministrativa, compiti e requisiti del responsabile del procedimento, sicurezza del lavoro); il terzo comma vieta alle Regioni di dettare una disciplina diversa da quella dettata dal Codice in relazione ad una serie di profili, tra cui la qualificazione e la selezione dei concorrenti, le procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa, i criteri di aggiudicazione, il subappalto, ecc.; il quarto comma vincola le Regioni e le Province autonome, che non abbiano ancora dettato la disciplina di attuazione delle direttive comunitarie n. 17 e 18 del 2004, nelle materie di competenza residuale o concorrente, al rispetto di tutte le norme del Codice, che perdono efficacia alla data di entrata in vigore delle singole discipline regionali di attuazione ⁽⁸⁾; il quinto comma stabilisce che le Regioni a

(8) La norma introduce la c.d. clausola di cedevolezza, in cui si sostanzia l'esercizio del potere sostitutivo dello Stato nei confronti delle Regioni, per il caso di

statuto speciale e le Province autonome sono tenute ad adeguare la propria legislazione secondo le disposizioni contenute nei loro statuti⁽⁹⁾.

Se non vi sono particolari dubbi sul fatto che i contratti pubblici di lavori servizi e forniture di interesse statale (stipula-

inadempimento degli obblighi comunitari nelle materie di loro competenza, previsto dall'art. 117, comma 5, ultimo capoverso, Cost. La riserva contenuta nell'art. 117, comma 5, Cost. è stata attuata dall'art. 16, comma 4, della legge n. 11 del 2005, che a sua volta richiama le condizioni e le procedure previste dall'art. 11, comma 8. In sostanza, affinché il potere di sostituzione possa essere legittimamente esercitato dallo Stato nei confronti delle Regioni inadempienti, è necessario che sia scaduto il termine stabilito per l'attuazione della disciplina comunitaria da parte di queste ultime, senza che queste vi abbiano provveduto, e che le norme statali rechino l'indicazione della natura sostitutiva del potere esercitato e del carattere cedevole delle disposizioni che sono dettate.

(9) Per un commento all'art. 4 si vedano: A. CELOTTO, *Gli appalti pubblici tra competenze statali e competenze regionali. Primi spunti*, in www.giustamm.it, 2006, 2; V. LOPILATO, "Norme sulla competenza" e "norme sussidiarie": qualche notazione a margine dello schema di decreto sul "Codice degli appalti", in www.giustamm.it, 2006, 2; C. DE BENETTI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Il riparto di potestà legislativa tra Stato e Regioni*, in www.giustamm.it, 2006, 12; A. BARDUSCO, *Articolo 4. Competenze legislative di Stato, Regioni e Province autonome*, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di AA.VV., Milano, Giuffrè, 2006, p. 86 ss.; G. FARES, *L'assetto delle competenze normative Stato/Regioni nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, p. 1141 ss.; F. D'OTTAVI, *Art. 4. Competenze legislative di Stato, Regioni e Province autonome. Commento*, in *Commento al Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di AA.VV., Torino, Giappichelli, 2006, p. 25 ss.; R. DE NICTOLIS, *Le fonti di disciplina*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Ambito oggettivo e soggettivo. Procedure di affidamento*, a cura di R. DE NICTOLIS, Milano, Giuffrè, 2007, p. 37 ss.; I. PANTELLINI, *Art. 4 – Competenze legislative di Stato, Regioni e Province autonome*, in *La disciplina dei contratti pubblici*, a cura di M. BALDI, R. TOMEI, Milano, IPSOA, 2007, p. 41; L.A. MAZZAROLLI, *Il concetto di "materie" nell'art. 117, Titolo V, Cost. Se i "lavori pubblici e gli appalti pubblici" si prestino ad esservi riportati e come si attuino, per essi, il riparto di competenze tra Enti*, in *Le Regioni*, 2007, p. 473 ss.; A. AMBROSI, *L'applicazione del nuovo Codice dei contratti pubblici tra legge regionale e disposizioni comunitarie*, in *Le Regioni*, 2007, p. 515 ss.; L. VARRONE, *Riparto di competenze Stato-Regioni nel Codice degli appalti (artt. 4 e 5)*, in *Commento al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, a cura di M. SANINO, Torino, UTET, 2006, p. 49 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Il Codice dei contratti pubblici e le autonomie*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di F. SAITTA, Padova, Cedam, 2008, p. 80 ss.; F. CINTIOLI, *Le fonti interne di disciplina (leggi, regolamenti, capitolati)*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, vol. I, Milano, Giuffrè, 2008, p. 109 ss.

lati dalle amministrazioni statali o che afferiscono a materie di competenza esclusiva dello Stato) ricadano integralmente nella disciplina del Codice dei contratti pubblici, vi è da chiedersi fino a che punto vi rientrino anche i contratti pubblici “di interesse regionale” (stipulati da amministrazioni regionali e da altre amministrazioni non statali, o che afferiscono a materie di competenza concorrente o residuale delle Regioni), che risultano invece soggetti, almeno in linea di principio, alla potestà legislativa regionale ⁽¹⁰⁾.

A questo fine, le norme più rilevanti sono senz'altro quelle contenute nei commi 2 e 3 dell'art. 4, che vincolano la potestà legislativa regionale sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture “di interesse regionale” al rispetto dei principi fondamentali posti dal Codice in relazione a tutti quei profili che ricadono nelle materie di potestà concorrente Stato-Regioni, e al rispetto delle disposizioni, anche di dettaglio, dettate dallo Stato nelle materie di potestà legislativa esclusiva; mentre lasciano tale potestà sostanzialmente libera in relazione ai profili “organizzativi, procedurali, economici o di altro tipo”, ove essi afferiscono a materie di potestà legislativa residuale delle Regioni, o di potestà concorrente, salvo il limite dei principi fondamentali.

Il comma 2 si è sforzato di indicare gli ambiti del Codice che rientrano nelle materie di potestà legislativa concorrente Stato-Regioni, senza indicare i principi fondamentali che vincolano la potestà legislativa regionale, ma lasciando all'interprete il compito di individuarli ⁽¹¹⁾. È appena il caso di precisare che

(10) In questo senso si esprime il parere del Consiglio di Stato n. 355 del 2006 cit., punto 3, che scrive “se è pacifico che il legislatore statale è titolare di potestà legislativa con riguardo ai pubblici lavori, servizi e forniture statali, è da definire l'ambito della competenza statale in relazione ad alcune materie nominate dall'art. 117, comma 2, Cost.”.

(11) La Corte costituzionale ha escluso che la autoqualificazione di una norma come principio fondamentale possa vincolarla nello scrutinio che è chiamata a compiere in relazione ad essa. Nella sentenza n. 50 del 6 aprile 2005, la Corte costituzionale ha precisato che “è stato ripetutamente escluso qualsiasi rilievo decisivo alla

l'elenco contenuto nel comma 2 non ha evidentemente un carattere esaustivo (non a caso la norma utilizza l'espressione "in particolare in tema di"): in futuro potranno essere individuati altri ambiti che rientrano in materie di potestà legislativa concorrente, nei quali sussiste in capo alle Regioni il vincolo che deriva dal rispetto dei principi fondamentali ⁽¹²⁾.

Il comma 3 pone un divieto esplicito, in capo alle Regioni, di intervenire con proprie norme in relazione ai profili ivi elencati, sul presupposto, non dichiarato esplicitamente, che essi appartengono alla potestà legislativa esclusiva dello Stato di cui all'art. 117, comma 2, Cost., anche se si tratta di contratti stipulati dalle Regioni o da amministrazioni non statali, o che afferiscono a materie di competenza concorrente o residuale. Si tratta dei profili che riguardano la pubblicizzazione delle gare, le procedure di gara, i criteri di aggiudicazione, il subappalto, la vigilanza da parte dell'Autorità, che costituiscono il nucleo essenziale del Codice.

Il Consiglio di Stato, nel parere n. 355/2006 sullo schema di decreto legislativo, si è sforzato di individuare i titoli sui quali si fonda la potestà legislativa esclusiva statale, identificati nella "tutela della concorrenza", nell'"ordinamento civile", nella "giurisdizione e norme processuali; giustizia amministrativa".

autoqualificazione operata dal legislatore, occorrendo invece fare riferimento alla obiettiva natura della norma in discussione (cfr. sentenze n. 355 del 1994 e n. 151 del 1986). D'altra parte, la nozione di "principio fondamentale", che costituisce il discrimine, nelle materie di competenza legislativa concorrente, tra attribuzioni statali e regionali, non ha e non può avere caratteri di rigidità e universalità, perché le materie hanno diversi livelli di definizione che possono mutare nel tempo. È il legislatore che opera le scelte che ritiene opportune, regolando ciascuna materia sulla base dei criteri normativi essenziali che l'interprete deve valutare nella loro obiettività, senza essere condizionato in modo decisivo da eventuali autoqualificazioni". In senso conforme, Corte costituzionale n. 170 del 31 maggio 2001 e n. 85 del 26 febbraio 1990.

(12) Su questo specifico profilo si veda A. AMBROSI, *L'applicazione del nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 516 ss., che si sofferma sul rapporto tra i principi fondamentali posti dal Codice e le leggi regionali previgenti, alla luce di quanto è disposto dall'art. 10 della legge n. 62 del 10 febbraio 1956.

Vale la pena di soffermarsi sulla posizione del Consiglio di Stato, poiché essa sarà superata, almeno in parte, dalle già citate sentenze della Corte costituzionale.

Il Consiglio di Stato distingue tra contratti sopra soglia e contratti sotto soglia. Quanto ai primi, la scelta del legislatore statale di non sfruttare gli spazi di discrezionalità lasciati dalle direttive offre alle Regioni un margine di intervento molto limitato, che non può essere utilizzato per introdurre misure che riducano la concorrenza, ma consente solo un intervento finalizzato ad un applicazione più ampia di tale principio. Da una parte, la tutela della concorrenza si intreccia infatti con il “valore unificante” costituito dalla disciplina comunitaria, che mira a garantire agli operatori economici modalità analoghe di aggiudicazione degli appalti pubblici, trasparenti e non discriminatorie, che consente al legislatore statale un intervento più incisivo di quello che sarebbe ad esso consentito in base alla ripartizione delle competenze Stato-Regioni nel nostro ordinamento. Dall'altra, l'esercizio della potestà legislativa statale a tutela della concorrenza non può elidere del tutto una potestà legislativa regionale, anche in relazione ad aspetti che rientrano nel nucleo essenziale del Codice; e questo in base a quanto è stato affermato dalla Corte costituzionale, secondo cui la norma statale che imponesse una disciplina tanto dettagliata da risultare non proporzionata rispetto all'obiettivo di tutelare la concorrenza darebbe luogo ad una illegittima compressione della potestà legislativa regionale.

Quanto ai secondi, spetta allo Stato la fissazione di principi comuni, che assicurino la trasparenza, la parità di trattamento e la non discriminazione tra gli operatori, senza che ricorra l'esigenza di estendere il grado di uniformità alla disciplina di dettaglio. A sostegno di questa affermazione, il Consiglio di Stato richiama la sentenza della Corte costituzionale n. 345 del 15 novembre 2004 ⁽¹³⁾, che, proprio in relazione agli ap-

(13) Scrive la Corte costituzionale che “deve pertanto ritenersi che nel caso di specie l'estensione agli acquisti sotto soglia di beni e di servizi della normativa nazionale

palti sotto soglia, ha riconosciuto la legittima applicabilità alle Regioni dei soli principi desumibili dalla normativa nazionale di recepimento della disciplina comunitaria, nella parte in cui impongono la gara, fissano l'ambito soggettivo ed oggettivo di tale obbligo, limitano il ricorso alla trattativa privata, ecc.

L'art. 4 si occupa di ripartire la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni in relazione alla disciplina dell'attività contrattuale, a prescindere dall'oggetto del singolo contratto pubblico di lavori, servizi e forniture, vincolando le Regioni al rispetto dei principi fondamentali posti dal Codice negli ambiti indicati dal comma 2, e al rispetto delle norme anche di dettaglio negli ambiti di cui al comma 3. È evidente che questa disciplina "si sovrappone" alla disciplina relativa all'oggetto del contratto, che può ricadere in una materia che spetta sia alla potestà legislativa concorrente, sia a quella residuale delle Regioni, con la conseguenza che, almeno nel primo caso, queste saranno vincolate anche dai principi fondamentali posti con legge dello Stato in relazione a quello specifico oggetto (ad es. un porto o un aeroporto).

La dottrina si è interrogata sul significato che assume la scelta del legislatore statale di fissare, attraverso una norma esplicita, l'assetto delle competenze legislative dello Stato e delle Regioni nell'ambito dei contratti pubblici⁽¹⁴⁾, e si è chiesta se essa sia effettivamente in grado di produrre vincoli in capo al legislatore statale e a quello regionale.

Come è stato osservato, la norma non può comprimere la potestà legislativa delle Regioni, cosicché l'eventuale emanazione da parte di queste ultime di norme non conformi a quelle

di recepimento della normativa comunitaria non implichi per gli enti autonomi l'applicazione di puntuali modalità, ma solo l'osservanza dei principi desumibili dalla normativa in questione". Per un commento alla sentenza si veda G. FARES, *La disciplina degli appalti sotto soglia e il sistema CONSIP al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, p. 3859.

(14) L. VARRONE, *Riparto di competenze Stato-Regioni nel Codice degli appalti (artt. 4 e 5)*, cit., p. 49 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Il Codice dei contratti pubblici e le autonomie*, cit., pp. 80-81.

dettate dal Codice non determina l'illegittimità costituzionale di esse, se, nonostante ciò, esse siano conformi all'assetto delle competenze fissato dall'art. 117 Cost. Lo scopo della norma è piuttosto quello di tentare di porre rimedio alle difficoltà in cui si imbattono i legislatori regionali nell'individuare le parti del Codice che vincolano la potestà legislativa regionale e la pervasività del vincolo (limitatamente alle norme di principio, oppure esteso alle norme di dettaglio) che da esse derivano⁽¹⁵⁾. Come ha scritto il Consiglio di Stato, nel parere citato, a proposito delle necessità che l'art. 4 indicasse espressamente non solo gli ambiti in cui sussiste una potestà legislativa esclusiva dello Stato, ma anche quelli in cui esiste una potestà concorrente, "non sembra rispondere al principio di certezza del diritto di demandare totalmente all'interprete l'individuazione delle materie concorrenti e i relativi principi fondamentali".

Come si vedrà di seguito, l'assetto delle competenze delineato dall'art. 4 del d.lgs. n. 163 del 2006 ha superato pressoché indenne il vaglio della Corte costituzionale⁽¹⁶⁾, che si è invece concentrata sull'esame delle singole disposizioni impugnate dalle Regioni ricorrenti, al fine di verificare se esse siano effettivamente espressione di potestà legislativa esclusiva o concorrente (per la parte in cui pongono i principi generali) dello Stato, ovvero diano luogo ad indebite invasioni della potestà legislativa regionale.

2. *L'assetto delle competenze al vaglio della Corte costituzionale*

Nella sentenza n. 401 del 2007⁽¹⁷⁾, la Corte costituzionale si è pronunciata sui ricorsi proposti da alcune Regioni (Toscana,

(15) Fortemente critico nei confronti della scelta del legislatore è L.A. MAZZAROLLI, *Il concetto di "materie" nell'art. 117, Titolo V, Cost.*, cit., p. 495 ss.

(16) Corte costituzionale, sentenza n. 401 del 23 novembre 2007, punto n. 3, in www.giurcost.org.

(17) Per un commento si vedano: F. GHERA, *Il riparto di competenze tra Stato e*

Veneto, Piemonte, Lazio e Abruzzo) e dalla Provincia autonoma di Trento, che censuravano numerose disposizioni del Codice dei contratti pubblici, poiché ritenute lesive della potestà legislativa concorrente e residuale ad esse riconosciuta rispettivamente dall'art. 117 Cost. e dallo Statuto speciale. Quasi tutte le censure sono state respinte, poiché la Corte ha inquadrato le disposizioni impugnate entro ambiti materiali che appartengono alla potestà legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, comma 2, Cost., o ha ritenuto che esse pongano principi fondamentali ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost., a cui le Regioni sono tenute ad adeguare la loro legislazione.

Questa ha chiarito, innanzitutto, come le disposizioni di cui al d.lgs. n. 163 del 2006, in ragione della molteplicità degli interessi perseguiti e degli oggetti implicati, non siano riferibili ad un unico ambito materiale. Ha perciò confermato quanto aveva già statuito nella sentenza n. 303 del 2003, precisando che “i lavori pubblici non costituiscono una materia ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono”, ed ha esteso siffatte conclusioni all'intera attività contrattuale della p.a.

Non è pertanto possibile, come era invece nel previgente assetto costituzionale, fissare una linea di demarcazione nel riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni che faccia riferimento unicamente al profilo soggettivo, distinguendo le procedure di gara bandite dalle amministrazioni statali, da quelle poste in essere dalle amministrazioni regionali o locali, per concludere che soltanto le prime apparterebbero alla potestà legislativa dello Stato, mentre le seconde spetterebbero alla potestà legislativa delle Regioni. Nel nuovo assetto costituzio-

Regioni in materia di appalti pubblici, in www.federalismi.it, 2008, 2; V. LOPILATO, *Appalti e servizi pubblici tra Stato e Regioni*, in www.giustamm.it, 2008, 2, p. 1 ss.; R. DE NICTOLIS, *La Corte costituzionale si pronuncia sul Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, p. 5 ss.; G. FARES, *Appalti pubblici e misure pro-concorrenziali: ancora da decifrare gli spazi per l'intervento normativo delle Regioni*, in www.giurcost.org; V. PETRI, *Gli appalti, la concorrenza e la necessità di un'interpretazione maggiormente collaborativa. Nota alla sentenza 23 novembre 2007, n. 401. Primi spunti*, in www.giustamm.it, 2007.

nale, il riparto di competenze non è più fondato sulla natura del soggetto che indice la gara, o al quale è riferibile il bene o il servizio da acquisire, ma occorre invece fare riferimento alle singole norme del Codice per verificare in quale ambito materiale dell'art. 117 Cost. esse siano inquadrabili, deducendo di conseguenza la loro applicabilità alle Regioni.

La Corte si pronuncia sull'art. 4 del Codice, respingendo tutte le censure proposte dalle ricorrenti. Quanto al comma 2, osserva che esso contenga in realtà due norme distinte: la prima si limita a fare un generico riferimento alla potestà legislativa dello Stato in sede di determinazione dei principi fondamentali negli ambiti materiali coperti dalla disciplina del Codice; la seconda fa riferimento "in particolare" ad alcuni ambiti materiali, individuati in relazione ad aspetti che attengono alla realizzazione di opere pubbliche.

Per la prima norma la Corte reputa che non possa porsi un problema di legittimità costituzionale, poiché essa è meramente riproduttiva del disposto dell'art. 117, comma 3, Cost., che affida allo Stato la fissazione dei principi fondamentali nelle materie ivi elencate.

Il problema si pone invece per la seconda norma, in relazione alla quale è necessario verificare se gli ambiti materiali ivi menzionati rientrino effettivamente nelle materie di potestà legislativa concorrente, per le quali lo Stato è abilitato a fissare i principi fondamentali. Al termine del suo esame, la Corte ha respinto tutte le censure relative all'art. 4, comma 2, superando i forti dubbi di legittimità, espressi anche dalla dottrina⁽¹⁸⁾, che si addensavano in particolare sulla disciplina della programmazione dei lavori pubblici, dell'organizzazione amministrativa e dei compiti e requisiti del responsabile del procedimento, che sembravano riconducibili *prima facie* alla potestà legislativa residuale delle Regioni⁽¹⁹⁾.

(18) G. FARES, *L'assetto delle competenze normative Stato/Regioni nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 1143-1144.

(19) La Corte costituzionale ha invece accolto la censura proposta avverso l'art.

Le norme impugnate sono state salvate dopo che la Corte ha compiuto un'importante precisazione: le Regioni possono ritenersi vincolate dai principi fondamentali fissati dallo Stato nei predetti ambiti materiali, soltanto se le opere da realizzare ricadano in una delle materie di competenza concorrente di cui all'art. 117, comma 3, Cost., ad ulteriore conferma del fatto che i contratti pubblici non costituiscono una disciplina unitaria, ma si scompongono in molteplici profili, ognuno dei quali può essere inquadrato in una materia di competenza dello Stato o delle Regioni, seguendone la relativa regolamentazione.

Quanto invece all'art. 4, comma 3, che individua gli ambiti materiali nei quali le Regioni sono vincolate integralmente dalla disciplina del Codice, la Corte costituzionale ha respinto tutte censure sollevate, riconducendo tali ambiti materiali alla potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza, di ordinamento civile, e di giustizia civile ed amministrativa.

Il ragionamento della Corte costituzionale prende l'avvio dall'analisi della struttura dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, che è caratterizzata – secondo l'insegnamento di M.S. Giannini – da due fasi: la prima, di natura pubblicistica, è funzionalizzata alla scelta del contraente, la seconda, di natura privatistica, ha inizio con la stipulazione del contratto d'appalto e comprende la sua successiva esecuzione. Nella prima fase, l'amministrazione agisce secondo moduli procedurali predefiniti, posti a garanzia della tutela dell'interesse pubblico, ancorché siano contestualmente presenti momenti di rilevanza negoziale, dovendo questa tenere, in ogni caso, comportamenti improntati al rispetto delle regole della buona fede. Nella seconda, l'amministrazione si pone invece in una posizione di tendenziale parità con la controparte con-

98, comma 2, che, prevedendo che l'approvazione dei progetti comunali da parte dei Comuni costituisca variante urbanistica, eccede la competenza dello Stato nella materia di potestà concorrente "governo del territorio" in quanto, per il suo contenuto precettivo puntuale, non lascia alcuno spazio di intervento alle Regioni.

trattuale, ed agisce non nell'esercizio di poteri amministrativi, bensì nell'esercizio della propria autonomia negoziale.

In relazione alla prima fase, la Corte individua nella "tutela della concorrenza", che appartiene alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, l'obiettivo finale della complessa ed articolata disciplina delle procedure di gara dettata dal Codice dei contratti pubblici. In relazione alla seconda, valorizza invece la potestà legislativa dello Stato in materia di "ordinamento civile", che impone di garantire l'uniformità di trattamento, sull'intero territorio nazionale, della disciplina della conclusione e della esecuzione dei contratti di appalto.

Senonché, mentre in relazione alla materia "ordinamento civile", la Corte si muove nel solco tracciato dalla giurisprudenza costituzionale successiva alla modifica del Titolo V, confermando i ristrettissimi margini di manovra di cui le Regioni già disponevano, invece, in relazione alla materia "tutela della concorrenza", essa arricchisce di nuovi spunti la nozione elaborata in passato.

3. *La fase di scelta del contraente*

3.1. *La competenza dello Stato a tutela della concorrenza*

Nella sentenza n. 401 del 2007, la Corte costituzionale si è sforzata di chiarire la nozione di concorrenza ricavabile dall'art. 117, comma 2, lett. e), Cost., e di individuare la natura della competenza statale e l'ambito di incidenza rispetto alle competenze regionali.

Quanto al primo profilo, la Corte richiama innanzi tutto il proprio precedente costituito dalla sentenza n. 14 del 13 gennaio 2004 ⁽²⁰⁾: la nozione di concorrenza è una nozione complessa

(20) L. CASSETTI, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, in www.federalismi.it; F. PIZZETTI, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma?*, in www.forumcostituzionale.it.

poiché riflette quella elaborata in ambito comunitario, che comprende gli interventi di regolazione del mercato, la disciplina *antitrust* e le misure destinate a promuovere un mercato aperto ed in libera concorrenza ⁽²¹⁾. Ne consegue che la norma costituzionale, affidando allo Stato il compito di tutelarla, non ha inteso affatto limitare la sua portata ad uno solo dei possibili significati che essa può effettivamente assumere.

Secondo la Corte costituzionale, l'aver associato nel medesimo titolo di competenza la moneta, la tutela del risparmio, i sistemi tributario e contabile dello Stato, la perequazione delle risorse finanziarie e la tutela della concorrenza chiarisce che quest'ultima è una delle leve della politica economica del Paese. Ne consegue che essa non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e di ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in senso dinamico, giustificando interventi dei pubblici poteri finalizzati a ridurre gli squilibri, a favorire le condizioni per lo sviluppo del mercato, e ad instaurare assetti concorrenziali ⁽²²⁾.

La "tutela della concorrenza" copre pertanto l'adozione di misure legislative "di tutela" in senso stretto, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che agiscono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo e di sanzione, e di misure legislative di "promozione", che mirano ad aprire un mercato e a consolidarne l'apertura, eliminando le barriere all'entrata, riducendo o eliminando i vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese ⁽²³⁾.

(21) È questa una conseguenza della "costituzionalizzazione" dell'ordinamento comunitario, operata attraverso il richiamo contenuto nell'art. 117 Cost., che assoggetta il legislatore statale e regionale ai vincoli che da esso derivano.

(22) In questi termini si esprime Corte costituzionale n. 14 del 2004. La nozione di concorrenza elaborata nella sentenza è stata richiamata nella giurisprudenza costituzionale successiva (n. 272 del 2004, n. 274 del 2004, n. 345 del 2004, n. 77 del 2005, n. 107 del 2005, n. 134 del 2005, n. 162 del 2005, n. 175 del 2005, n. 29 del 2006, n. 80 del 2006, n. 401 del 2007, n. 430 del 2007, n. 431 del 2007, ecc.).

(23) In questo senso si veda Corte costituzionale n. 430 del 2007.

Nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, la tutela della concorrenza si esprime prevalentemente nell'adozione di misure che soddisfano l'esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici di un determinato settore, nel rispetto dei principi di derivazione comunitaria⁽²⁴⁾ di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi⁽²⁵⁾. Essa si attua concretamente attraverso l'adozione di procedure uniformi di evidenza pubblica nella scelta del contraente, che siano idonee a garantire il rispetto dei principi della parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza.

L'influenza del diritto comunitario sul diritto nazionale dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ha determinato conseguenze non di poco conto.

L'osservanza da parte del legislatore nazionale dei principi comunitari sopra enunciati costituisce attuazione dei principi di imparzialità e di buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost., posti a guida dell'azione della pubblica amministrazione in sede di realizzazione di un'opera pubblica, o di acquisizione del bene o del servizio oggetto del contratto d'appalto, e finalizzati a garantire la selezione dell'offerta migliore, da valutarsi non soltanto in relazione al corrispettivo che essa sarà tenuta a corrispondere, ma anche in relazione alle caratteristiche della prestazione eseguita dall'appaltatore.

Senonché, gli stessi principi comunitari tutelano anche gli interessi degli operatori economici nazionali e comunitari, che aspirano ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto per realizzare

(24) Si veda ad es. il II considerando della direttiva n. 2004/18/CE.

(25) La Corte costituzionale distingue la nozione di concorrenza per il mercato, che impone che il contraente venga scelto attraverso procedure di gara che assicurino il rispetto dei principi costituzionali e comunitari, dalla nozione di concorrenza nel mercato, cui si limita a fare un sintetico riferimento nella sentenza n. 401 del 2007. La concorrenza "nel mercato" si attua attraverso la liberalizzazione dei mercati, ossia nella apertura alla concorrenza di attività economiche che erano precedentemente esercitate in regime di monopolio. La tutela della concorrenza "nel mercato" è un problema che si pone soprattutto nel settore dei servizi pubblici, di cui la Corte si è occupata nelle sentenze n. 272 e n. 274 del 2004, e n. 29 e n. 80 del 2006.

il loro interesse economico, i quali sono messi in condizione di partecipare alle gare in una situazione di parità con i loro concorrenti ⁽²⁶⁾; proteggono, più o meno indirettamente, anche gli interessi dei cittadini e dei consumatori, i quali beneficiano dei risparmi di spesa che vengono conseguiti dalla pubblica amministrazione attraverso la scelta dell'offerta migliore, e usufruiscono delle opere pubbliche che la pubblica amministrazione ha realizzato (si pensi ad es. alla realizzazione di uno stadio o di una piscina).

Non è perciò più attuale, alla luce dell'influsso del diritto comunitario sul diritto nazionale, una concezione meramente "contabilistica" delle norme che disciplinano le procedure di gara per l'affidamento dei contratti pubblici, che qualificava tali norme come poste soltanto nell'interesse della pubblica amministrazione, anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale, poiché è necessario prendere atto che esse tutelano anche interessi più ampi, che fanno capo a soggetti privati.

Dopo aver esaminato la nozione di concorrenza ricavabile dall'art. 117, comma 2, lett. e), Cost., la Corte costituzionale conclude che la materia "tutela della concorrenza", di competenza esclusiva dello Stato, presenta una duplice natura: di materia "oggetto", per tutti gli aspetti che attengono alla disciplina antitrust, attualmente contenuta nella legge n. 287 del 1990 ⁽²⁷⁾, poiché, come è stato scritto, "la normativa statale non interseca in alcun modo le competenze regionali, essendo volta

(26) In questo senso può essere letta l'affermazione della Corte costituzionale secondo cui "sia stata proprio l'esigenza di uniformare la normativa interna a quella comunitaria, sul piano della disciplina del procedimento di scelta del contraente, che ha determinato il definitivo superamento della concezione contabilistica, che qualificava tale normativa interna come posta esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione, anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale".

(27) A. FRIGNANI, A. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L.C. UMBERTAZZI, *Diritto antitrust italiano. Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*, Bologna, Zanichelli, 1993; V. MANGINI, G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Torino, Giappichelli, 2000; P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2004.

a regolamentare direttamente i comportamenti degli operatori economici che agiscono in un determinato settore”; di materia “scopo” o trasversale, per tutti gli aspetti che attengono invece alla “disciplina economica del mercato di riferimento”, che si traduce in una serie di misure finalizzate a ridurre gli squilibri attraverso la creazione ed il mantenimento delle condizioni per l’instaurazione di assetti concorrenziali nell’ambito di un determinato mercato.

Limitatamente a questo secondo profilo, la “tutela della concorrenza” non presenta i caratteri di una “materia di estensione certa”, ma quelli di una “funzione esercitabile sui più diversi oggetti”: lo Stato, che ne è il soggetto titolare, può incidere sulla disciplina di qualsiasi altro ambito materiale, anche se esso appartiene alla competenza concorrente o residuale delle Regioni, con l’unico limite di perseguire il fine indicato dalla norma costituzionale ⁽²⁸⁾.

Nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, la competenza esclusiva statale a tutela della concorrenza incide direttamente su tutti gli aspetti della procedura ad evidenza pubblica, che soddisfano l’esigenza di parità di trattamento e di non discriminazione tra i partecipanti, escludendo le competenze regionali che non possono esprimersi in relazione ad essi ⁽²⁹⁾.

(28) La Corte costituzionale aveva già evidenziato il peculiare *modus operandi* della “tutela della concorrenza” nella sentenza n. 80 del 2006, avente ad oggetto il servizio pubblico di trasporto locale, ove aveva scritto che “le competenze esclusive statali che – come quella relativa alla tutela della concorrenza – si configurino come trasversali incidono naturalmente, nei limiti propri della loro specificità e dei contenuti normativi che di esse possono essere propri, sulla totalità degli ambiti materiali entro i quali si applicano”. Né il legislatore regionale, nell’ambito delle proprie competenze, può pretendere di modificare anche soltanto in parte le norme dettate nell’esercizio di queste competenze, poiché, così facendo, finirebbe per corrompere o alterare la idoneità dell’intervento statale a perseguire le finalità sottese all’esercizio della competenza costituzionalmente attribuita dall’art. 117, comma 2, lett. e), Cost.

(29) Questo profilo era stato intuito da M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, p. 1435.

Ove un aspetto della procedura di gara sia riconducibile sia alla tutela della concorrenza, poiché da esso possono derivare conseguenze sulla minore o maggiore possibilità di accesso alle imprese alla gara e sulla parità di trattamento che deve essere a loro riservata, sia ad una altra materia che appartiene alla potestà legislativa concorrente o residuale delle Regioni, la prima prevale senz'altro sulla seconda. Questo è quanto la Corte ha statuito ad es. in relazione alle “attività di progettazione”, che rientrano astrattamente nella potestà residuale delle Regioni, ovvero nella potestà concorrente in materia di governo del territorio limitatamente alla progettazione di lavori pubblici, ma che sono giudicate essenziali “per assicurare tra l'altro i principi di pari trattamento e di non discriminazione sull'intero territorio nazionale dei partecipanti alle procedure di gara”, e devono essere perciò ricondotte nell'ambito materiale della tutela della concorrenza. Discorso analogo vale anche per i “piani di sicurezza”, che sono astrattamente riconducibili sia alla materia di potestà legislativa concorrente “sicurezza del lavoro”, sia alla materia della tutela della concorrenza, che prevale rispetto alla prima: la disciplina uniforme, posta dal legislatore statale, dei criteri di formazione di tali piani è infatti preordinata ad assicurare la più ampia competitività e la libera circolazione degli operatori economici nello specifico segmento di mercato.

In entrambi i casi, l'interferenza tra la competenza statale e la competenza regionale è risolta secondo il criterio della “prevalenza”, elaborato da ultimo dalla sentenza della Corte costituzionale n. 50 del 2005, a favore della competenza statale.

Ove invece un aspetto della procedura sia estraneo alla tutela della concorrenza, è necessario verificare se esso attenga ad altra materia di competenza esclusiva dello Stato, ovvero rientri in una materia di potestà concorrente o residuale delle Regioni, e possa perciò essere disciplinato da queste ultime, eventualmente con il solo limite del rispetto dei principi fondamentali. Questo è quanto si è verificato ad es. in relazione

all'istituto della Commissione giudicatrice e alle modalità di scelta dei suoi componenti (art. 84), la cui disciplina attiene alla organizzazione amministrativa dei soggetti ai quali sia affidato il compito di procedere alla verifica del possesso dei requisiti in capo alle imprese concorrenti necessari per aggiudicarsi la gara, ed in relazione alla quale non si pongono esigenze di parità di trattamento e di non discriminazione tra i partecipanti alle gare. Questo è quanto si è verificato inoltre per gli ambiti relativi alla organizzazione amministrativa, dei compiti del responsabile del procedimento e dell'approvazione dei progetti a fini urbanistici, che rientrano in materie di competenza concorrente dello Stato e delle Regioni.

Per questo suo peculiare *modus operandi*, la “tutela della concorrenza” differisce rispetto alle altre materie trasversali (ad es. la tutela dell'ambiente o i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili o sociali). Nelle altre materie trasversali, le competenze dello Stato si intrecciano con quelle delle Regioni, che concorrono a rafforzare la tutela dell'ambiente, attuata da norme statali uniformi su tutto il territorio nazionale⁽³⁰⁾, o a elevare i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, garantiti da norme statali uniformi su tutto il territorio nazionale⁽³¹⁾. La tutela della concorrenza esclude invece un intervento diretto delle Regioni in relazione agli ambiti materiali su cui incide⁽³²⁾, anche

(30) Si veda ad es. Corte costituzionale, sentenza n. 407 del 26 luglio 2002.

(31) Si veda ad es. Corte costituzionale, sentenza n. 248 del 28 giugno 2006.

(32) Una conferma indiretta di quanto si va dicendo potrebbe trarsi dalla “vicenda” degli appalti sotto soglia. Questi erano stati già oggetto di un pronunciamento della Corte costituzionale nella sentenza n. 345 del 2004, ove aveva affermato che l'estensione agli acquisti sotto soglia di beni e di servizi della normativa nazionale di recepimento della normativa comunitaria non implica per gli enti autonomi l'applicazione di puntuali modalità, ma solo l'osservanza dei principi desumibili dalla normativa in questione. Nella sentenza n. 401 del 2007, la Corte costituzionale arriva, per esigenze di coerenza sistematica, a conclusioni completamente diverse. Dopo aver richiamato la posizione della Corte di Giustizia sugli appalti sotto soglia e sulla necessità che essi rispettino i principi fondamentali del trattato, la Corte afferma che “la distinzione tra contratti sotto soglia e sopra soglia non può essere, di

se esso è finalizzato ad ampliare il livello di concorrenza del mercato⁽³³⁾: essa non si intreccia, ma, quando non “prevale” sulle competenze regionali, tutt’al più “si affianca” ad esse, che disciplinano ambiti materiali contigui a quelli disciplinati dallo Stato in forza del titolo di cui all’art. 117, comma 2, lett. e), Cost.

Questo accade perché, mentre le altre competenze trasversali hanno comunque un ambito di intervento che è più o meno delimitabile (l’ambiente, i diritti civili e sociali), la concorrenza non sembra avere un substrato materiale su cui agire⁽³⁴⁾, ma incide direttamente sulle condizioni che attengono alla sua realizzazione⁽³⁵⁾ o, detto in altri termini, la competenza è chiamata in larga misura a definire se stessa, attraverso gli atti in cui si esplica⁽³⁶⁾.

In sostanza, nella disciplina delle procedure di gara per affidamento di appalti pubblici, vi sono alcuni “spezzoni” che attengono alla “tutela della concorrenza” in via esclusiva o prevalente, che sono regolamentati da norme statali (in via esclusiva), ed altri che ad essa sono estranei, che seguono il criterio di riparto delle competenze dello Stato e delle Regioni fissato dall’art. 117 Cost.

Nel Codice degli appalti, gli “spezzoni” che attengono alla tutela della concorrenza sono identificati nel comma 3 dell’art. 4, il quale fa riferimento “alla qualificazione e selezione dei concorrenti; alle procedure di affidamento, esclusi i profili di

per sé, invocata quale utile criterio ai fini della individuazione dello stesso ambito materiale della tutela della concorrenza. Tale ambito ha, infatti, una portata che trascende ogni rigida ed aprioristica applicazione di regole predeterminate dal solo riferimento, come nella specie, al valore economico dell’appalto. Anche un appalto che si pone al di sotto della rilevanza comunitaria può giustificare un intervento unitario da parte del legislatore statale”.

(33) Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 80 del 2006 già citata.

(34) Sulla difficoltà di definire la concorrenza come bene giuridico si veda M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzionale italiana*, cit., p. 1429 ss.

(35) Sul punto si veda a G. FARES, *Appalti pubblici e misure pro-concorrenziali*, cit.

(36) F.S. MARINI, *I criteri di interpretazione delle materie, in Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, a cura di G. CORSO, V. LOPILATO, cit., p. 78 ss.

organizzazione amministrativa; ai criteri di aggiudicazione; al subappalto; ai poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; alle attività di progettazione e ai piani di sicurezza" (37). Per alcuni di questi, l'inclusione nell'elenco è stata pressoché scontata, poiché, già al livello della direttiva comunitaria n. 2004/18/CE, erano individuati come afferenti alla tutela della concorrenza (38).

In relazione ad essi la competenza esclusiva dello Stato non si esaurisce nel dettare le norme di rango primario, ma si estende anche alle norme di rango secondario, come è stato precisato dalla Corte costituzionale al punto 7.4 della sentenza n. 401 del 2007.

Senonché, il riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture opera non solo sul piano orizzontale, ma anche sul piano verticale (39).

(37) Di tutt'altro avviso è A. ROMANO TASSONE, *Il Codice dei contratti pubblici e le autonomie*, cit., pp. 76-77, secondo cui non vi è alcuno dei settori disciplinati, indicati dall'art. 4, comma 3, che comporti necessariamente il coinvolgimento della tutela della concorrenza, nemmeno quello relativo alle procedure di affidamento, ed ai criteri di aggiudicazione. Secondo l'autore, non può rientrare nella finalità di tutela della concorrenza, e quindi legittimare la potestà esclusiva dello Stato, lo scopo di evitare che la legislazione regionale introduca norme in diretto contrasto con le norme costituzionali sostantive. Ipotetiche discipline regionali differenziate, che introducano congegni di aggiudicazione squilibrati e non sostenuti da adeguate garanzie per i partecipanti, entrerebbero in conflitto, ancor prima che con il principio di concorrenza, con i principi di imparzialità e di buon andamento contenuti nell'art. 97 Cost.

(38) Si veda ad es. il 36° considerando "Lo sviluppo di una effettiva concorrenza nel settore degli appalti pubblici richiede una pubblicità comunitaria dei bandi di gara redatti dalle amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri. Le informazioni contenute in tali bandi devono permettere agli operatori economici della Comunità di valutare se gli appalti proposti li interessano", o il 46° considerando "L'aggiudicazione dell'appalto deve essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento e che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza".

(39) Per una chiara distinzione dei due piani, orizzontale e verticale, si veda V. LOPILATO, *Appalti e servizi pubblici tra Stato e Regioni*, cit., p. 9 ss.

Quello orizzontale, di cui abbiamo sopra detto, attiene alla disciplina delle procedure di gara “in generale”. In base ad esso, spetta allo Stato la disciplina di tutti gli aspetti che attengono alla tutela della concorrenza; tutti gli altri spezzoni, che ad essa non attengono, sono disciplinati rispettivamente dallo Stato o dalle Regioni, a seconda che essi afferiscano ad un ambito materiale sul quale si manifesta una potestà legislativa esclusiva (diversa dalla tutela della concorrenza) dello Stato, o sul quale sussiste una potestà concorrente o residuale delle Regioni.

Quello verticale attiene invece all’oggetto specifico (la costruzione di una determinata opera pubblica, la prestazione di un determinato servizio di pulizia e sanificazione di un ospedale, la fornitura di determinati apparati informatici per un ente locale, ecc.) della gara d’appalto che viene bandita. Esso emerge soltanto nel momento in cui la pubblica amministrazione bandisce la gara d’appalto, e si pone sostanzialmente all’esterno rispetto ad essa. L’esempio classico è quello della procedura di gara per la costruzione di un porto: la pubblica amministrazione procedente dovrà applicare le norme del Codice degli appalti che disciplinano le procedure di gara in tutti gli altri ambiti materiali indicati dall’art. 4, comma 3, applicherà le norme regionali (dettate nell’esercizio di potestà concorrenti o residuali) per quanto riguarda i profili organizzativi, economici o di altro tipo (ad es. per la nomina della Commissione di gara), e applicherà una ipotetica legge regionale in materia di porti, adottata sulla base dei principi fondamentali posti dalla legge statale.

In questo caso non si può dire che le norme statali poste a tutela della concorrenza si affianchino alle norme regionali in materia di porti, poiché esse stanno su piani diversi (disciplina della procedura di gara nel primo caso, disciplina dell’oggetto del contratto nel secondo). Sembra invece più corretto affermare che le prime si sovrappongano alle seconde, senza dare luogo a possibili interferenze di competenze dello Stato e delle Regioni.

3.2. *I limiti interni della competenza statale a tutela della concorrenza*

Già nella sentenza n. 14 del 2004, la Corte costituzionale si era posta il problema dei limiti dell'intervento dello Stato a tutela della concorrenza, precisando che, ove esso fosse inteso nella sua dilatazione massima possibile, si rischierebbe addirittura di vanificare il riparto della potestà legislativa fissato nel novellato art. 117 Cost., che attribuisce alle Regioni potestà legislativa concorrente e residuale in alcune materie, la cui disciplina incide innegabilmente sullo sviluppo economico⁽⁴⁰⁾. Per questo è necessario fissare una linea di confine tra la potestà legislativa statale a tutela della concorrenza e le altre potestà legislative regionali.

Secondo la Corte costituzionale, ciò che giustifica l'intervento statale a tutela della concorrenza è la sua rilevanza macroeconomica: allo Stato è consentito di adottare sia misure specifiche di rilevante entità, sia regimi di aiuto alle imprese, nei limiti in cui sono ammessi dal diritto comunitario, purché questi siano effettivamente idonei ad incidere sull'equilibrio economico generale, in ragione della loro potenziale accessibilità a tutti gli operatori economici, e al loro impatto complessivo sul mercato di riferimento. Questo è quanto può desumersi dalla inclusione della competenza statale a tutela della concorrenza in una norma nella quale il legislatore costituzionale ha scelto di inserire gli strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell'intero Paese, che esprimono un carattere unitario e sono finalizzati a riequilibrare il volume delle risorse finanziarie presenti nel circuito economico. Invece la competenza concorrente o residuale delle Regioni giustifica soltanto interventi sintonizzati sulla singola realtà produttiva regionale, purché essi non creino ostacoli alla libera circolazione delle

(40) Il problema si pone concretamente nella sentenza n. 430 del 2007, nella quale la Corte costituzionale sostiene che la competenza dello Stato a tutela della concorrenza incide sulla potestà residuale delle Regioni nella materia del commercio.

persone o delle cose sull'intero territorio nazionale, ovvero non limitino il diritto al lavoro dei cittadini.

Non rientra nelle competenze della Corte costituzionale sindacare le scelte di politica economica compiute dal legislatore statale, e quindi stabilire se un intervento economico trascenda i confini regionali per avere effetti sull'intero territorio nazionale. Quello che invece la Corte può valutare è se la scelta in concreto adottata dal legislatore statale sia ragionevole e proporzionata in relazione all'obiettivo che si è prefissato.

Nella sentenza n. 401 del 2007, riferendosi specificamente al settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, la Corte ha reputato di poter verificare se la scelta compiuta dal legislatore statale sia congrua (ragionevole, proporzionata) rispetto all'obiettivo finale di favorire la più ampia apertura del mercato alla concorrenza.

Perciò, ai fini di stabilire gli esatti confini dell'intervento statale a tutela della concorrenza, occorre svolgere un doppio livello di verifica: è necessario innanzi tutto stabilire se l'intervento statale sia astrattamente riconducibile all'obiettivo di tutelare la concorrenza per il mercato; successivamente si tratta di stabilire se esso sia effettivamente indispensabile per il perseguimento dell'obiettivo, ovvero, detto in altri termini, se quest'ultimo possa essere raggiunto senza sacrificare le competenze regionali. In teoria, lo Stato potrebbe perciò decidere di non intervenire in relazione ad uno specifico profilo (non disciplinare ad es. le offerte anomale), nel caso in cui si convinca che, anche in assenza di un suo intervento, il mercato abbia in sé la capacità di proteggere la concorrenza dai comportamenti degli operatori economici, che possono essere contrari ad essa o elusivi. Oppure, potrebbe intervenire con un livello di incisività più basso, dettando ad esempio disposizioni di contenuto meno dettagliato.

Il giudizio che la Corte costituzionale è chiamata ad effettuare si svolge necessariamente sulle singole norme che disciplinano specifici aspetti della procedura di gara per la scelta del concorrente (ad es. sulle norme che disciplinano il controllo

sul possesso da parte dei partecipanti alla gara dei requisiti generali, tecnico-organizzativi ed economico-finanziari indicati dalla *lex specialis*). Non può avere ad oggetto direttamente l'art. 4, comma 3, del Codice, che si limita ad elencare soltanto gli ambiti materiali in relazione ai quali lo Stato esercita la propria potestà legislativa *ex art. 117, comma 2, lett. e)*, Cost.

Nei ricorsi proposti dalle Regioni avverso le singole disposizioni del Codice dei contratti pubblici, queste avevano contestato non tanto il fatto che l'intervento dello Stato fosse o meno indirizzato a tutelare la concorrenza, quanto il fatto che le norme disciplinassero "in modo eccessivamente analitico e dettagliato" le singole fattispecie (ad es. i contratti sotto soglia, l'accordo bonario, ecc.). A sostegno delle loro argomentazioni, esse richiamavano il precedente costituito dalla sentenza della Corte costituzionale n. 345 del 2004, che aveva imposto soltanto il rispetto dei principi generali fissati dalla legge statale.

Nella sentenza n. 401, la Corte costituzionale ha chiarito una volta per tutte che, ove una disposizione sia effettivamente inquadrabile nella materia in questione, questa può avere anche un contenuto analitico. La proporzionalità e l'adeguatezza di una disposizione non si misurano, infatti, soltanto in base al carattere più o meno dettagliato ed analitico di essa, poiché, se così fosse, si verificherebbe una identificazione non consentita tra materie di potestà legislativa concorrente e materie di potestà legislativa trasversale, che invece sono soggette ad una disciplina costituzionale differenziata. In altri termini, la competenza statale a tutela della concorrenza può concretizzarsi anche in disposizioni a contenuto dettagliato ed analitico, se questo sia indispensabile al fine di perseguire l'obiettivo prefissato, giustificando in tal modo il sacrificio delle competenze regionali ⁽⁴¹⁾.

(41) F. GHERA, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di appalti pubblici*, cit., p. 5, evidenzia il non particolare rigore con cui la Corte costituzionale ha compiuto il test di adeguatezza e proporzionalità, in ragione del fatto che nessuna

3.3. *Gli spazi che residuano alla potestà legislativa delle Regioni nella fase pubblicistica dopo le sentenze della Corte costituzionale n. 401 e n. 431 del 2007*

Nella sentenza n. 401 del 2007, la Corte costituzionale ha affermato che la competenza statale a tutela della concorrenza prevale sulle competenze regionali in relazione a tutti gli ambiti materiali sui quali incide. In altri termini, tutti i profili della procedura di gara, che sono ad essa riconducibili, possono essere disciplinati da norme statali (anche ove in relazione ad essi si manifestino competenze regionali), che sono vincolate unicamente al rispetto dei principi di proporzionalità e di adeguatezza, senza che ciò determini una compressione irragionevole delle competenze concorrenti e residuali.

Dalle parole della Corte costituzionale non era chiaro però se residuasse in capo alle Regioni la possibilità di intervenire sugli stessi profili con proprie norme, finalizzate ad aumentare i livelli di concorrenza posti dalle norme statali. Questa è stata definitivamente esclusa nella sentenza n. 431 del 2007, che segue a pochi giorni di distanza la sentenza n. 401 del 2007, della quale sembra costituire il naturale completamento.

Collegandosi a quanto aveva detto nella sentenza n. 401, la Corte costituzionale ribadisce che la competenza esclusiva dello Stato a tutela della concorrenza può esprimersi in norme che disciplinano integralmente tutti i profili della procedura di gara che attengono ad essa, e sono inderogabili da parte delle Regioni, a prescindere dal loro livello di maggiore o minore dettaglio.

In sostanza, queste non possono perciò emanare “leggi generali” che disciplinano la procedura di gara, né possono disciplinare singoli profili di tale procedura, con norme che modifichino quelle poste dal legislatore statale, anche se si

delle disposizioni ricondotte alla tutela della concorrenza, per quanto analitica fosse la disciplina in essa contenuta, è stata ritenuta sproporzionata rispetto all’obiettivo di garantire la concorrenza per il mercato nel settore degli appalti pubblici.

propongano di aumentare l'apertura del mercato degli appalti pubblici e di favorire la partecipazione degli operatori economici.

Al fine di non vanificare del tutto le competenze regionali, la Corte costituzionale ammette però che le norme regionali, dettate nell'esercizio delle competenze residuali e concorrenti, possano produrre effetti pro-concorrenziali, purché tali effetti, connessi alla specificità dei settori sui quali tali competenze si manifestano, siano indiretti e marginali, e non si pongano in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che tutelano e promuovono la concorrenza.

Non è semplice chiarire il senso delle parole della Corte costituzionale⁽⁴²⁾. Questa esclude che le Regioni possano intervenire con norme che abbiano come oggetto principale e diretto la tutela della concorrenza, ma ammette che queste possano dettare norme che, nel disciplinare i settori di loro competenza, producano effetti pro-concorrenziali. Tali effetti devono essere indiretti, poiché prodotti nell'esercizio di competenze diverse da quella statale a tutela della concorrenza, e marginali, al fine di non compromettere l'assetto concorrenziale del mercato definito dalle norme statali.

Sul piano orizzontale, le Regioni possono produrre effetti pro-concorrenziali dettando norme che, nel disciplinare i profili di tipo organizzativo, economico, ecc. delle procedure di gara, semplifichino le modalità e abbrevino i tempi per lo svolgimento di certi adempimenti. Sul piano verticale, queste possono produrre effetti pro-concorrenziali, dettando norme che, nel disciplinare un determinato ambito materiale che potrà diventare oggetto di un ipotetico contratto di appalto, rendano maggiormente appetibile quell'oggetto agli operatori economici.

Le Regioni non possono modificare le norme statali poste a

(42) Sul punto si vedano le riflessioni di G. FARES, *Appalti pubblici e misure pro-concorrenziali*, cit. e di V. LOPILATO, *Appalti e servizi pubblici tra Stato e Regioni*, cit., p. 12 ss.

tutela della concorrenza, che sono definite “inderogabili” dalla sentenza n. 431 del 2007. Non è ancora chiaro se esse possano invece integrare le norme statali, in relazione a quegli aspetti che esse non disciplinano. In effetti, questa possibilità era stata ammessa dalla sentenza della Corte costituzionale n. 29 del 2006⁽⁴³⁾, che ha salvato una disciplina regionale che aveva introdotto un divieto di partecipazione alle gare per l’affidamento dei servizi pubblici locali nei confronti delle società proprietarie delle reti, non previsto esplicitamente dalla legislazione statale contenuta dall’art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000.

In linea di principio, si deve escludere che, anche nel diverso settore degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, le norme regionali possano integrare le norme statali a tutela della concorrenza, intervenendo in via principale e diretta sulla qualificazione e selezione dei concorrenti, sulle procedure di affidamento, sui criteri di aggiudicazione. Mentre si può ammettere che, nell’esercizio delle loro competenze concorrenti o residuali ad es. sui profili organizzativi, le norme regionali integrino le norme statali, producendo effetti pro-concorrenziali indiretti e marginali.

In concreto, la linea di confine tra le due ipotesi di intervento integrativo è così labile da risultare pressoché indistinguibile, esponendo le norme regionali al rischio di essere dichiarate costituzionalmente illegittime per invasione della potestà esclusiva dello Stato a tutela della concorrenza.

Alla luce di quanto è stato sopra detto, trova conferma il fatto che la tutela della concorrenza sia una materia trasversale diversa da altre materie quali la tutela dell’ambiente o la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni affidate alla potestà legislativa esclusiva dello Stato. Queste consentono, anzi favoriscono, interventi dei legislatori regionali che aumentino le garanzie poste dal legislatore statale.

(43) In relazione a questo profilo si veda G. CORSO, *Tutela della concorrenza, in Il Diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, a cura di G. CORSO, V. LOPILATO, cit., p. 23 ss.

La tutela della concorrenza non sopporta invece alcun intervento da parte dei legislatori regionali, i quali non solo non possono “contrastare o frustrare le regole e gli obiettivi del diritto generale della concorrenza stabiliti dalle leggi dello Stato, con misure di regolazione incompatibili con i principi sostanziali della materia”, ma non possono neppure porre in essere interventi positivi, “ancorché con finalità integrative o rafforzative degli standard posti dal legislatore statale”. Con ciò non si vuole affermare che la concorrenza non sia un valore costituzionale in grado di imporsi allo Stato e alle Regioni ⁽⁴⁴⁾. Si vuole invece sostenere che, rispetto ad altri valori costituzionali, essa richieda modalità affatto differenti di protezione: essa impone un dovere di fare in capo allo Stato, e un corrispondente dovere di non fare o di tollerare la regolamentazione di fonte statale in capo alle Regioni.

Le ragioni del differente trattamento che la tutela della concorrenza riceve rispetto alle altre materie trasversali sono di due ordini.

Innanzitutto, è necessario considerare che la concorrenza è un bene giuridico che riceve tutela non solo sul piano nazionale, ma anche sul piano comunitario. Il Codice dei contratti pubblici è innanzi tutto una disciplina che attua le direttive comunitarie in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, che si propongono di creare e di mantenere un mercato a livello europeo, aperto al maggior numero possibile di operatori economici. Ma è evidente che questo è possibile soltanto se gli operatori economici che partecipano alle gare che si svolgono in Paesi diversi da quelli di provenienza sanno di poter contare su una procedura realmente uniforme, che li sollevi dal “rischio” determinato dalle specificità nazionali o addirittura regionali.

Le stesse considerazioni sono riproducibili anche in relazione al più ristretto mercato italiano. Venti diverse normative

(44) A favore si veda M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, cit., p. 1435.

regionali frantumerebbero il nostro mercato dei contratti pubblici e avrebbero l'effetto di diminuire, anziché di aumentare, la concorrenza tra gli operatori economici nazionali. In questo senso va salutata con favore la scelta della Corte costituzionale di estendere il carattere della inderogabilità non solo alle norme che regolano gli appalti sopra soglia, ma anche a quelle che regolano gli appalti sotto soglia. Se è vero che essi "spostano" minori risorse economiche, è anche vero che coinvolgono normalmente operatori economici medio-piccoli, che costituiscono il cuore del tessuto produttivo italiano.

Inoltre, anche ammettendo che le Regioni possano modificare o integrare la disciplina statale delle procedure di gara, non è possibile stabilire in modo oggettivo se le norme regionali siano più favorevoli alla concorrenza rispetto alle norme statali. Non è così evidentemente in relazione ad es. all'ambiente: gli standard fissati dal legislatore statale si sostanziano in valori numerici (si pensi ai valori limite delle emissioni in aria, in acqua o nel suolo) rispetto ai quali è relativamente semplice stabilire se quelli regionali siano più o meno rigorosi.

In questo senso, una disciplina statale uniforme costituisce l'unica soluzione ragionevolmente accettabile, perché scongiura il rischio di dare vita ad un contenzioso tra lo Stato e le Regioni sulle singole leggi regionali dagli esiti del tutto imprevedibili, con ripercussioni sul piano politico, delle relazioni con l'Unione europea, e sul piano economico, della crescita del settore.

Con ciò non si vuol dire che tale soluzione sia anche indolore, perché vede restringersi, rispetto al passato, le competenze regionali concorrenti e residuali nell'ambito dei contratti pubblici. Si è in presenza di una contraddizione, difficilmente sanabile, che si manifesta in una riforma costituzionale pensata soprattutto per accrescere gli spazi di autonomia, legislativa ed amministrativa, in capo alle Regioni e agli enti locali.

Se non fosse altro che per questo, la Corte costituzionale avrebbe potuto valorizzare la portata del principio di leale collaborazione tra lo Stato e le Regioni, la cui operatività viene invece esclusa in radice quando questo esercita una potestà

legislativa esclusiva e la correlata potestà regolamentare ⁽⁴⁵⁾ in materia di tutela della concorrenza ⁽⁴⁶⁾.

4. *La fase della stipulazione e dell'esecuzione dei contratti pubblici*

Alla fase pubblicistica, che si conclude con l'aggiudicazione della gara in favore del vincitore, segue la fase privatistica, che ha inizio con la stipulazione del contratto d'appalto ⁽⁴⁷⁾, e comprende l'intera disciplina dell'esecuzione, incluso l'istituto del collaudo per i lavori pubblici, e la verifica di conformità per i servizi e le forniture. In questa fase, l'amministrazione si pone in una posizione di tendenziale parità con la controparte, agendo non nell'esercizio di poteri autoritativi, ma nell'esercizio nella propria autonomia negoziale.

Nella sentenza n. 401 del 2007, la Corte costituzionale ha sostanzialmente affermato che i profili relativi alla stipulazione e all'esecuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell'esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo, enucleati dall'art. 4, comma 3, attengono alla potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile *ex art. 117, comma 2, lett. l)*, Cost. ⁽⁴⁸⁾. In relazione ad essi sussisterebbe infatti l'esigenza, sottesa al principio di uguaglianza, di garantire

(45) Nella sentenza n. 401 del 2007, la Corte costituzionale ha invece statuito che non sussiste alcun obbligo di coinvolgimento delle Regioni nella fase di esercizio della potestà regolamentare dello Stato nelle materie riservate alla competenza legislativa esclusiva, compresa la tutela della concorrenza.

(46) Su questo profilo insiste in particolare V. PETRI, *Gli appalti, la concorrenza e la necessità di un'interpretazione maggiormente collaborativa*, cit.

(47) L'art. 10, comma 7, innova rispetto all'art. 16, comma 4, del r.d. 18 novembre 1923, n. 2240, secondo cui l'aggiudicazione definitiva, in seguito a pubblici incanti o a private licitazioni, equivaleva a contratto.

(48) Sulla interpretazione della nozione di "ordinamento civile" si possono richiamare: E. LAMARQUE, *Osservazioni preliminari sulla materia "ordinamento civile", di esclusiva competenza statale*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1343 ss.; A.M. BENEDETTI, *Ordinamento civile e competenza legislativa delle Regioni*, in *Foro italiano*, 2005, I, p. 2960 ss.

l'uniformità di trattamento sull'intero territorio nazionale, che discende direttamente dall'art. 3 della Costituzione.

La Corte costituzionale affronta soltanto incidentalmente la questione della estensione della competenza statale in materia di "ordinamento civile". Respinge le censure mosse dalle Regioni, che avevano sostenuto che questa sarebbe circoscritta alla disciplina degli istituti inseriti nel codice civile, rispetto alla quale le norme del d.lgs. n. 163 del 2006 presenterebbero evidenti tratti di specialità. Chiarisce che tale competenza abbraccia "tutti gli aspetti che ineriscono a rapporti di natura interprivata" (49), in relazione ai quali sussiste l'esigenza, sopra accennata, di garantire l'uniformità di trattamento sull'intero territorio nazionale, senza che detti rapporti debbano necessariamente trovare la loro fonte nel codice civile. La presenza di alcuni tratti di specialità, che derivano dal fatto che una delle due parti contraenti è un soggetto che persegue interessi pubblici, non osta al riconoscimento della potestà legislativa statale fondata sull'art. 117, comma 2, lett. l).

Alla materia "ordinamento civile" sono invece estranei i profili inerenti alla organizzazione e alla contabilità amministrativa che rientrano, a seconda dei casi, nella potestà esclusiva dello Stato, nel caso in cui si riferiscano alle amministrazioni statali, o nella potestà concorrente o residuale delle Regioni, nel caso in cui si riferiscano ad amministrazioni non statali, e salvo che non ricadano comunque in materie di competenza dello Stato.

Partendo da queste premesse, la Corte costituzionale precisa di non poter svolgere il giudizio di legittimità costituzionale sull'art. 4, comma 3, che è una norma di portata generale non

(49) Una interpretazione parzialmente diversa è quella di C.E. GALLO, *Regioni ed ordinamento civile (a proposito dell'Ordine Mauriziano)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, p. 1569 ss., secondo cui "la riserva allo Stato è riserva che fa riferimento alla disciplina del diritto civile nella sua interezza, e cioè alla disciplina del diritto civile in quanto complesso delle regole essenziali che connotano l'ordinamento di una collettività. E questo non è rimesso alla disponibilità della Regione".

suscettibile di pregiudicare le competenze regionali, ma di doversi concentrare nell'esame delle singole disposizioni⁽⁵⁰⁾. Senonché, nella sentenza n. 401 del 2007, tutte le questioni sollevate dalle ricorrenti, relative a norme che attengono alla individuazione delle tipologie contrattuali (art. 53), alla fase di esecuzione del contratto di appalto (collaudo, varianti) e al subappalto, sono dichiarate in parte inammissibili per genericità ed in parte infondate sul presupposto che le norme impugnate siano inquadrabili nella materia ordinamento civile di competenza statale.

Nella successiva sentenza n. 431 del 2007, la Corte costituzionale ha avuto modo di tornare sul collaudo, nell'ambito di un giudizio di legittimità costituzionale promosso dallo Stato nei confronti della legge regionale dell'Abruzzo, contenente "nuove norme sull'edilizia scolastica". In quella sede ha dichiarato illegittima la norma regionale che disciplinava tale istituto, sul presupposto che essa abbia invaso la competenza esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile. Il collaudo costituisce infatti un istituto tipico del contratto d'appalto, come tale disciplinato dal codice civile, il quale, pur essendo caratterizzato da elementi di matrice pubblicistica, conserva la sua natura privatistica.

La Corte conferma in sostanza quanto aveva già affermato nella sentenza n. 401: alcuni tratti di specialità che si inseriscono nella disciplina privatistica di un istituto e finalizzati a tutelare esigenze di carattere pubblicistico non sottraggono tale istituto alla materia dell'ordinamento civile, al quale esso afferisce in modo prevalente.

Resta nell'ombra una questione che la Corte costituzionale non affronta direttamente neppure nella sentenza da ultimo menzionata: se, a prescindere dai profili di organizzazione e di contabilità amministrativa in relazione ai quali le Regioni

(50) Si era cimentato in un'analisi delle disposizioni del Codice, prima della pronuncia della Corte costituzionale, A. ROMANO TASSONE, *Il Codice dei contratti pubblici e le autonomie*, cit., p. 78 ss.

possono dettare una autonoma disciplina nelle materie di loro competenza, queste possano comunque intervenire per integrare la disciplina della stipulazione e della esecuzione dei contratti pubblici dettata dal d.lgs. n. 163 del 2006 ⁽⁵¹⁾.

La questione è evidentemente connessa a quella più generale, e tuttora aperta, che concerne l'ammissibilità di una disciplina regionale dei rapporti di diritto privato, e la portata che assume, dopo la riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione, il tradizionale limite del diritto privato. Senza entrare in una problematica che richiederebbe ben altro approfondimento, è comunque possibile fare alcune considerazioni alla luce della giurisprudenza costituzionale successiva al 2001.

Nella sentenza n. 352 del 2001, la Corte costituzionale aveva aperto uno spiraglio in favore di una disciplina regionale dei rapporti tra privati. Dopo aver ribadito che l'ordinamento del diritto privato si pone quale limite alla legislazione regionale, in quanto fondato sull'esigenza, sottesa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire nel territorio nazionale l'uniformità della disciplina dettata per i rapporti fra privati, ed identifica un'area riservata alla competenza esclusiva della legislazione statale, comprendente i rapporti tradizionalmente oggetto di codificazione, la Corte aveva ammesso che l'incidenza sulla competenza regionale di tale limite non opera però in modo assoluto, in quanto anche la disciplina dei rapporti privatistici può subire un qualche adattamento, ove questo risulti in stretta connessione con la materia di competenza regionale e risponda al criterio di ragionevolezza, che vale a soddisfare il rispetto del richiamato principio di eguaglianza.

In termini parzialmente analoghi si è pronunciata anche la sentenza n. 271 del 2005, nella quale la Corte costituzionale ha ammesso "un ruolo normativo, per quanto di tipo meramente integrativo", consentendo l'adozione di "leggi o regolamenti

(51) Si schiera a favore di questa possibilità G. FARES, *L'assetto delle competenze normative Stato/Regioni nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., p. 1145.

regionali, ma solo in quanto e nella misura in cui ciò sia appunto previsto dalla legislazione statale”.

Le sentenze n. 401 e n. 431 del 2007 sembrano invece fare un passo indietro rispetto alle pur tenui aperture che sono state sopra segnalate, escludendo o comunque non prevedendo la possibilità delle Regioni di intervenire, sia pure in funzione meramente integrativa, sulla disciplina di fonte statale relativa alla stipulazione e alla esecuzione del contratto d'appalto.

In questo senso può essere letta ad es. la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma della l.r. Abruzzo n. 33 del 2006, che ha disciplinato il collaudo, sul presupposto che la Regione abbia invaso materia dell'ordinamento civile riservata allo Stato ⁽⁵²⁾.

In prospettiva, si può immaginare che, in assenza di nuove aperture da parte del legislatore statale e della Corte costituzionale in favore della possibilità delle Regioni di adottare norme di diritto privato, sia pure nei limiti che sono stati sopra segnalati, il ruolo di queste ultime nell'ambito materiale di contratti pubblici sia destinato progressivamente ad assottigliarsi, non solo nella fase privatistica, ma anche nella fase pubblicistica, per effetto dell'entrata a regime della norma dell'art. 1-bis della legge n. 241 del 1990, introdotta dalla legge n. 15 del 2005.

La norma, nel prevedere che “la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato”, sembra segnare il passaggio del-

(52) Su questi profili si veda più ampiamente V. LOPILATO, *Appalti e servizi pubblici tra Stato e Regioni*, cit., pp. 30-31. A favore di una progressiva attenuazione del limite del diritto privato si è schierata la maggior parte della dottrina. Si vedano ad es. le osservazioni di C.E. GALLO, *Regioni ed ordinamento civile*, cit., p. 1573 ss., secondo cui “la Regione non può non avere alcuna competenza nei rapporti privatistici: la può avere sia a livello legislativo che a livello amministrativo, ma nell'ambito dell'unità giuridica dell'ordinamento. D'altro canto se così non fosse, buona parte della potestà legislativa regionale vedrebbe drasticamente interdetta la sua possibilità d'intervento, anche laddove si tratti di materie addirittura attribuite alla potestà legislativa esclusiva (si pensi, per esempio, anche soltanto alla disciplina del commercio che, comunque articolata, in ogni caso interferisce con i diritti e i rapporti civili dei cittadini)”.

l'attività amministrativa (per la verità di tutta l'attività amministrativa e non solo di quella presente nei contratti pubblici) nell'area dei rapporti privatistici, e rischia di eliminare in radice le competenze regionali proprio in forza della competenza statale in materia di ordinamento civile e della perdurante operatività del limite del diritto privato⁽⁵³⁾.

5. *Qualche spunto sulla legge regionale dell'Emilia-Romagna n. 28 del 21 dicembre 2007 "Disposizioni per l'acquisizione di beni e di servizi"*

Di recente la Regione Emilia-Romagna ha adottato la legge n. 28 del 21 dicembre 2007, recante "Disposizioni per l'acquisizione di beni e di servizi", al fine di adeguare la disciplina regionale a quella contenuta nel Codice dei contratti pubblici⁽⁵⁴⁾.

La legge regionale, che non è stata impugnata dal Governo, segue di poche settimane la sentenza della Corte costituzionale n. 401 del 2007, e di pochi giorni la successiva sentenza n. 431 del 2007, che hanno contribuito a definire gli ambiti della potestà legislativa concorrente e residuale delle Regioni in materia di contratti pubblici, sommariamente tracciati dall'art. 4 del d.lgs. n. 163 del 2006.

La legge regionale disciplina, nel rispetto dei vincoli che derivano dall'ordinamento comunitario, delle disposizioni dettate dallo Stato nelle materie di competenza esclusiva e dei principi generali dettati nelle materie di competenza concorrente, lo svolgimento delle attività di acquisizione di beni e di

(53) A tale proposito si vedano le considerazioni di A. CELOTTO, *Il nuovo art. 29 della legge n. 241 del 1990: norma utile, inutile o pericolosa?*, in *www.giustamm.it*, che, nel riferirsi all'art. 1-bis della legge n. 241 del 1990, definisce la norma "il più grande attentato alle competenze regionali"; V. LOPILATO, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione: profili generali*, in *Studi di diritto amministrativo*, a cura di R. CHIEPPA, V. LOPILATO, Milano, Giuffrè, 2007, spec. p. 490 ss.

(54) La nuova legge ha abrogato la legge regionale n. 9 del 2000, che costituiva la previgente disciplina delle acquisizioni di beni e di servizi.

servizi, limitatamente ai profili di carattere organizzativo e di semplificazione procedimentale.

Non si tratta di una legge “generale” sull’attività contrattuale della p.a., come lo erano ad esempio le leggi delle Regioni Campania e Abruzzo, che sono state dichiarate costituzionalmente illegittime dalla Corte costituzionale, avendo invaso la potestà esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza e di ordinamento civile; si tratta invece di una legge che disciplina specifici profili della fase pubblicistica e privatistica che attengono ad aspetti prevalentemente organizzativi. E, in linea di massima, essa sembra mantenere ciò che promette, restando nei (ristretti) limiti delle competenze concorrenti e residuali delle Regioni, sebbene non manchino alcuni punti di attrito con le competenze dello Stato.

Quanto alla fase pubblicistica dell’attività contrattuale, attengono prevalentemente a profili di carattere organizzativo le norme che disciplinano le modalità di nomina e i compiti del responsabile del procedimento (art. 6), nonché quelli del dirigente o della commissione giudicatrice che presiedono la gara a seconda che essa sia svolta con il criterio del prezzo più basso o dell’offerta economicamente più vantaggiosa (art. 11).

Entrambi gli istituti sopra citati sono stati oggetto di uno specifico pronunciamento della Corte costituzionale nella sentenza n. 401 del 2007. Quanto al responsabile del procedimento, essa ha confermato la legittimità della previsione dell’art. 4, comma 2, secondo capoverso, del d.lgs. n. 163 del 2006, che ha assoggettato le Regioni ai principi fondamentali dettati dal successivo art. 10 (che prevede il “responsabile delle procedure di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”), soltanto ove si verta in ambiti materiali che rientrano nella potestà concorrente Stato-Regioni, mentre l’ha esclusa in ambiti materiali che attengono alla potestà residuale di queste ultime. Quanto alla Commissione giudicatrice, essa ha invece dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 84, poiché lo Stato ha invaso la potestà legislativa residuale delle Regioni in materia di organizzazione.

Nei casi sopra menzionati, le norme regionali sfruttano gli spazi offerti alla potestà legislativa residuale, ma senza arrivare a dettare una disciplina autonoma del responsabile del procedimento e della Commissione giudicatrice, preferendo rinviare alle corrispondenti norme statali in relazione a taluni non secondari aspetti della regolamentazione di tali istituti.

In altri casi, il rinvio alle norme di legge statale è pressoché obbligato ove le norme regionali prendano in considerazione profili della procedura di gara che rientrano nell'ambito della potestà legislativa statale a tutela della concorrenza. Il rinvio della norma regionale alla norma statale si accompagna comunque alla specificazione del contenuto di quest'ultima. Ad es. l'art. 8 stabilisce che, per le acquisizioni di beni e di servizi, si applicano le procedure di scelta del contraente disciplinate dal d.lgs. n. 163 del 2006, precisando che l'affidamento dei contratti è effettuato con il criterio del prezzo più basso o con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, qualora siano valutati altri elementi oltre al prezzo. L'art. 9 prevede invece che alla procedura negoziata si faccia luogo nei casi previsti dalla legge, precisando che, a tali fini, per mancanza di offerte appropriate si intenda il caso in cui nessuna offerta presenti elementi tecnici, prestazionali, qualitativi o economici essenziali per qualificarla come idonea all'aggiudicazione ai sensi del capitolato speciale o della lettera d'invito in relazione agli interessi perseguiti dall'amministrazione aggiudicatrice.

Le specificazioni che le norme della legge regionale fanno rispetto alle corrispondenti norme della legge statale non sembrano in grado di incidere sulla competenza esclusiva dello Stato a tutela della concorrenza, ma hanno soltanto la funzione di semplificare l'applicazione delle norme statali.

Quanto alla fase privatistica, le norme regionali si limitano a disciplinare i profili di carattere organizzativo e procedurale che sussistono nella fase dell'aggiudicazione e della conclusione dei contratti, e a specificare le norme statali in relazione alla durata dei contratti.

Le norme regionali si tengono al di fuori dell'area di com-

petenza esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile, che abbraccia la disciplina di tutti i restanti profili relativi alla stipulazione e all'esecuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell'esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione appunto di quelli di organizzazione e contabilità amministrative.

La legge regionale dell'Emilia-Romagna rivela chiaramente quanto poco spazio sia rimasto alle competenze concorrenti e residuali delle Regioni nell'ambito dei contratti pubblici, e solleva effettivamente più di qualche interrogativo sulla correttezza della scelta compiuta dal legislatore statale, ed avallata dalla Corte costituzionale, di non coinvolgere, se non marginalmente, queste ultime nella redazione del d.lgs. n. 163 del 2006.

Se, dal punto di vista formale, non si può non concordare con la Corte costituzionale sul fatto che, quando lo Stato esercita una potestà legislativa esclusiva, esso non sia tenuto a coinvolgere le Regioni, dal punto di vista sostanziale, potrebbe sostenersi che l'argomento in questione sia effettivamente insuperabile soltanto ove vengano in gioco competenze esclusive dello Stato che si manifestano su materie che hanno un oggetto definito o agevolmente definibile (pesi, misure, ecc.), in relazione alle quali non sembrano porsi problemi di intrecci tra competenze statali e regionali.

Ove, invece, si tratti della "tutela della concorrenza", potenzialmente in grado di incidere su tutti gli ambiti materiali di competenza delle Regioni, con norme dettagliate ed inderogabili, il sacrificio imposto ad esse richiederebbe una qualche forma di compensazione. E, se questa non sembra potersi ammettere "a valle", permettendo alle Regioni di intervenire con proprie norme per elevare gli standard di tutela posti dalle norme statali, (come la Corte costituzionale ha invece ammesso ad es. quando si tratta di norme statali in materia di tutela dell'ambiente o dei livelli essenziali delle prestazioni), se non nei ristretti limiti sopra esaminati, essa dovrebbe essere garantita almeno "a monte", attraverso effettive forme di coinvolgimento delle Regioni nella elaborazione delle norme statali.

Molto poco, probabilmente, ma meglio di nulla.

Su questo punto, però, non si registrano aperture significative da parte della Corte costituzionale, che, nella sentenza n. 401 del 2007, dopo aver richiamato il proprio precedente costituito alla sentenza n. 437 del 2001, ha respinto la censura della Regione del Veneto che lamentava la violazione del principio di leale cooperazione, in quanto lo schema del d.lgs. n. 163 del 2006, che era stato oggetto di un parere in Conferenza unificata, non era stato nuovamente sottoposto ad essa dopo le modifiche apportate dal Governo in sede di seconda stesura.

La Corte ha ribadito che le procedure di cooperazione e di concertazione in sede di Conferenza unificata possono rilevare, ai fini dello scrutinio di legittimità degli atti legislativi, soltanto nel caso in cui la loro osservanza sia imposta, direttamente o indirettamente, dalla Costituzione. Perciò, affinché il mancato coinvolgimento di tale Conferenza, anche se previsto da un atto legislativo, comporti una effettiva violazione del principio di leale collaborazione, è necessario che si verta in ambiti materiali di pertinenza delle Regioni. Più avanti la Corte ha precisato, inoltre, che il rispetto delle regole collaborative può essere imposto a livello costituzionale solo ove si verifichi un forte intreccio delle competenze statali con quelle regionali, che richieda l'adozione di modalità concordate o comunque di meccanismi che garantiscano il coinvolgimento dei livelli di governo interessati. Ha escluso comunque che tale intreccio si verifichi ove si verta in materia di tutela della concorrenza, poiché la competenza statale finisce con il prevalere su ogni altra competenza regionale.

Stando così le cose, non sembra che, soprattutto dopo le recenti pronunce della Corte costituzionale, residuino ancora molti spazi per la potestà legislativa regionale nella materia di contratti pubblici. Se il Codice ha avuto l'indiscutibile merito di unificare una pluralità di discipline fino ad allora disarticolate in molteplici fonti normative, esso ha prodotto quale conseguenza un'espansione della potestà legislativa dello Stato a danno di quella delle Regioni, che non può non sollevare

qualche interrogativo in un assetto costituzionale che era stato pensato invece per valorizzare le potestà legislative regionali. Sotto questo profilo, la questione sollevata dalle Regioni sul rispetto del principio di leale cooperazione, lungi dall'essere un mero problema di rispetto delle procedure stabilite dalla legge delega, acquistava per esse una valore "sostanziale", ed avrebbe meritato forse una maggiore attenzione da parte del legislatore statale e della Corte costituzionale.