



FOCUS sulla GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE in materia di CONTRATTI PUBBLICI

A cura di Elena Bastianin – Servizio Affari legislativi e qualità dei processi normativi
(Direzione Generale Affari istituzionali e legislativi) della Giunta regionale
(ottobre 2011)

Sommario

1. Premessa - 1. Il riparto di competenze tra Stato e regioni in materia di contratti pubblici nella legislazione e nella giurisprudenza della Corte costituzionale - 2. Gli spazi che concretamente residuano in capo al legislatore regionale nella disciplina delle fasi pubblicistica e privatistica dell'attività contrattuale dopo le sentenze della Corte del 2007 - 3. La giurisprudenza della Corte dopo le sentenze del 2007 - 4. Le disposizioni regionali finora dichiarate incostituzionali

Elena Bastianin

Premessa

Il focus che segue¹ cerca di fondere approfondimento giuridico e taglio “operativo”, affinché ne risulti uno strumento utile anche ai tecnici e amministratori attivi nel settore della contrattualistica pubblica.

Sarà innanzitutto illustrato il riparto di competenze legislative tra Stato e regioni come andato delineandosi dopo la riforma del Titolo V, parte II, della Costituzione, avviata con la legge costituzionale n. 3 del 2001, anche grazie all'opera chiarificatrice della Corte costituzionale.

Successivamente, saranno illustrati gli spazi che residuano concretamente in capo ai legislatori regionali attraverso l'esemplificazione dei profili che gli stessi possono legittimamente disciplinare.

Il riparto di competenze tra Stato e regioni delineato dal Codice è stato chiarito nella sua portata effettiva da due importanti pronunce della Corte costituzionale del 2007 le quali riconducono a titoli di competenza esclusiva statale sia l'affidamento del contratto che la sua esecuzione, così sancendo l'inderogabilità sia delle disposizioni del Codice che regolano la procedura di evidenza pubblica, sia di quelle concernenti l'attuazione del rapporto contrattuale.

Dal 2007 ad oggi il giudice costituzionale ha sempre ribadito detto orientamento, sicché davvero esigui sono gli spazi che, in questa importante materia, concretamente residuano in capo ai legislatori regionali.

1. Il riparto di competenze tra Stato e regioni in materia di contratti pubblici nella legislazione e nella giurisprudenza della Corte costituzionale

¹ Aggiornato al 12 ottobre 2011. Le pronunce richiamate nel presente documento, corredate dalle rispettive sintesi, nonché le altre decisioni relative al conflitto costituzionale tra Stato e Regioni sono reperibili nella Banca dati “Contenzioso costituzionale” della Regione Emilia-Romagna (www.Regione.emilia-romagna.it/wcm/autonomie/sezioni_home/banchedati/Contenzioso_Costituzionale.htm).

Com'è noto, il vecchio art. 117 Cost. contemplava la materia dei lavori pubblici “di interesse regionale” tra le materie di potestà legislativa concorrente.

Il nuovo articolo 117 Cost., come riformato a seguito della riforma del Titolo V del 2001, non menziona invece espressamente lavori, servizi e forniture tra le materie di potestà legislativa esclusiva o concorrente dello Stato.

Con la nota sentenza n. 303, nel 2003 la Corte ha chiarito che la mancata inclusione dei lavori pubblici nell'elencazione dell'articolo 117, non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle regioni, ma che 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 di volta in volta essere ascritti a potestà legislativa esclusiva dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti.

A differenza di quanto accadeva nel precedente assetto costituzionale, dopo la riforma del 2001 il riparto di competenze in materia non viene più fondato sulla natura del soggetto che indice la gara o al quale è riferibile il bene o servizio da acquisire; il solo profilo soggettivo non è più idoneo a fissare una linea di demarcazione nel riparto di competenze legislative fra Stato e regioni. Non è più possibile, cioè, distinguere fra procedure di gara bandite dalle amministrazioni statali e procedure poste in essere da amministrazioni regionali o locali e assegnare, conseguentemente, le prime alla potestà legislativa dello Stato e le seconde a quella delle regioni.

L'articolo 4 del D. Lgs. n. 163 del 2006 (recante “*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*”) ha successivamente delineato in via legislativa il riparto di competenze tra Stato e regioni nell'ambito dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Occorre fare riferimento alle singole disposizioni del Codice per verificare in quale ambito materiale dell'articolo 117 siano inquadrabili, deducendo di conseguenza la loro applicabilità alle regioni.

Circa la disciplina dell'attività contrattuale, l'art. 4 del Codice definisce gli ambiti sui quali si esplica la potestà legislativa esclusiva e concorrente dello Stato, con conseguente vincolo per la potestà legislativa delle regioni. Esso ripartisce la potestà legislativa dello Stato e delle regioni 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 ed al rispetto anche delle norme di dettaglio negli ambiti di cui al comma 3.

In particolare, l'articolo 4, comma 2 elenca gli ambiti di legislazione sui contratti pubblici ascrivibili a competenza concorrente (in particolare, in tema di programmazione di lavori pubblici, approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi, organizzazione amministrativa, compiti e requisiti del responsabile del procedimento, sicurezza del lavoro), mentre l'articolo 4, comma 3 individua gli ambiti materiali nei quali le regioni sono integralmente vincolate dalla disciplina del Codice, vietando alle stesse di dettare una disciplina diversa da quella del Codice (in relazione a: qualificazione e selezione dei concorrenti, procedure di affidamento- esclusi i profili di organizzazione amministrativa – criteri di aggiudicazione, 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; alla stipulazione e all'esecuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell'esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative; al contenzioso).

Il riparto di competenze tra Stato e regioni delineato dal Codice è stato chiarito nella sua portata effettiva dalle sentenze della Corte costituzionale n. 401 del 23 novembre 2007 e n. 431 del 14 dicembre 2007: in entrambe le pronunce vengono ricondotti a titoli di competenza esclusiva statale sia l'affidamento del contratto che la sua esecuzione. La Corte riconosce, infatti, nelle suddette pronunce l'inderogabilità sia delle disposizioni del Codice che regolano la procedura di evidenza pubblica sia di quelle concernenti l'attuazione del rapporto contrattuale.

Già prima del cristallizzarsi della posizione interpretativa assunta con le pronunce del 2007 (successivamente finora sempre ribadita), la Corte, nelle pronunce del 2003 e del 2004 aveva chiarito come *«l'intervento statale a tutela della concorrenza è giustificato se ha una rilevanza "macroeconomica". L'attività contrattuale della p.a. non può identificarsi in una materia a sé, ma rappresenta un'attività che inerisce alle singole materie sulle quali essa si esplica. Appartengono, invece, alla competenza legislativa concorrente o residuale delle regioni gli interventi sintonizzati sulla realtà produttiva regionale tali comunque da non creare ostacolo alla libera circolazione delle persone e delle cose fra le regioni»* (sent. 303/2003) e come la tutela della concorrenza non potesse *«essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali»*.

Una volta riconosciuto che la nozione di tutela della concorrenza abbraccia nel loro complesso i rapporti concorrenziali sul mercato e non esclude interventi promozionali dello Stato, la Corte precisa che una dilatazione massima di tale competenza, che non presenta i caratteri di una materia di estensione certa, ma quelli di una funzione esercitabile sui più diversi oggetti, rischierebbe di vanificare lo schema di riparto dell'art. 117 Cost., che vede attribuite alla potestà legislativa residuale e concorrente delle regioni materie la cui disciplina incide innegabilmente sullo sviluppo economico.

Secondo il ragionamento dei Giudici costituzionali, proprio l'inclusione di questa competenza statale nella lettera e) dell'art. 117, secondo comma, Cost., evidenzia l'intendimento del legislatore costituzionale del 2001 di unificare in capo allo Stato strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell'intero Paese; strumenti che, in definitiva, esprimono un carattere unitario e, interpretati gli uni per mezzo degli altri, risultano tutti finalizzati ad equilibrare il volume di risorse finanziarie inserite nel circuito economico. L'intervento statale si giustifica, dunque, per la sua rilevanza macroeconomica: solo in tale quadro è mantenuta allo Stato la facoltà di adottare sia specifiche misure di rilevante entità, sia regimi di aiuto ammessi dall'ordinamento comunitario (fra i quali gli aiuti *de minimis*), purché siano in ogni caso idonei, quanto ad accessibilità a tutti gli operatori ed impatto complessivo, ad incidere sull'equilibrio economico generale. Le competenze statali previste dalla lettera e) del secondo comma dell'art. 117 Cost., non possono essere isolate una dall'altra, ma sono unificate finalisticamente dalla *ratio* di mantenere in capo allo Stato un'ampia gamma di interventi capaci di incidere sulle principali variabili del sistema economico. (sent. 14/2004).

Nella sentenza n. 272 del 2004, la Corte ribadì che spetta allo Stato legiferare in via esclusiva in materia di tutela della concorrenza, competenza trasversale, che coinvolge più ambiti materiali, si caratterizza per la natura funzionale (individuando, più che degli oggetti, delle finalità in vista delle quali la potestà legislativa statale deve essere esercitata) e legittima l'intervento statale sia volto a promuovere, sia volto a proteggere l'assetto concorrenziale del mercato ed anche su materie, sotto altri profili, di competenza regionale. La Corte, tuttavia, precisò che l'intervento del legislatore statale è legittimo se contenuto entro i limiti dei canoni di adeguatezza e proporzionalità: la norma statale che imponesse una disciplina tanto dettagliata da risultare non proporzionata rispetto all'obiettivo della tutela della concorrenza costituirebbe una illegittima compressione dell'autonomia regionale.

Nella successiva sentenza 345/2004 la Corte confermò come le procedure di evidenza pubblica, anche alla luce delle direttive della comunità europea, abbiano assunto un rilievo fondamentale per la tutela della concorrenza e specificato che, per gli acquisti di beni e servizi "sotto soglia", gli enti autonomi sono tenuti all'osservanza dei principi desumibili dalla normativa nazionale di recepimento della normativa comunitaria, non all'applicazione di puntuali modalità.

Da questa pronuncia sembrava derivare una parziale apertura, per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, alla disciplina regionale, vincolata solo all'osservanza dei principi desumibili dalla normativa statale di recepimento della normativa comunitaria.

In realtà, con la successiva sentenza n. 401 del 2007 la Corte ha ritenuto che anche la disciplina degli appalti sotto soglia rientri nella tutela della concorrenza, di esclusiva competenza del legislatore statale, chiarendo che la disciplina regionale dei contratti pubblici è illegittima anche se concerne i soli contratti “sotto soglia”.

Con la citata sentenza, infatti, la Corte, respingendo tutte le censure sollevate dalle regioni (le quali non avevano contestato che l'intervento statale fosse a tutela della concorrenza, ma l'eccessiva analiticità delle norme) in merito all'articolo 4, comma 2 e comma 3 del Codice, ha esteso all'intera attività contrattuale della p.a. la statuizione già contenuta nella sentenza n. 303 del 2003 secondo cui i lavori pubblici non costituiscono una materia ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono.

In particolare, la Corte riconduce gli ambiti materiali elencati dal comma 3 alla potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza, ordinamento civile, giustizia civile e amministrativa. Ha ritenuto cioè – come presupposto dalla stessa disciplina del Codice - che i profili di cui all'articolo 4, comma 3 del Codice, anche ove si tratti di contratti stipulati dalle regioni o da amministrazioni non statali, rientrino nella potestà legislativa esclusiva statale di cui all'articolo 117, comma 2 della Costituzione.

La Corte ha cioè aderito all'interpretazione secondo cui l'attività contrattuale della p.a. si caratterizza per due fasi:

- 1) la prima, pubblicistica, funzionalizzata alla scelta del contraente, nella quale la tutela della concorrenza, che appartiene alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, costituisce l'obiettivo finale della complessa disciplina delle procedure di gara dettate dal Codice dei contratti;
- 2) la seconda, di natura privatistica, che ha inizio con la stipulazione del contratto di appalto e comprende la sua successiva esecuzione, in relazione alla quale la Corte valorizza 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 dell'esecuzione dei contratti di appalto.

In nessun caso le regioni, dunque, neppure quando si tratti di disciplinare la propria attività contrattuale destinata a svolgersi su materie oggetto della competenza regionale residuale, possono prevedere una disciplina diversa da quella del Codice dei contratti pubblici in relazione a: qualificazione e selezione dei concorrenti, procedure di affidamento – esclusi i profili di organizzazione amministrativa -, criteri di aggiudicazione, subappalto, poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, attività di progettazione e piani di sicurezza, stipulazione ed esecuzione dei contratti (ivi compresi direzione dell'esecuzione, direzione lavori, contabilità, collaudo – ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative), contenzioso. Ciascuno di tali ambiti è riconducibile a una delle materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'articolo 117, comma secondo, della Costituzione: la “giurisdizione” (cui va ricondotto il “contenzioso” in materia di appalti), l’ordinamento civile” (nel quale sono inclusi “subappalto”, la “stipulazione” e l’“esecuzione” dei contratti); la “tutela della concorrenza” (cui sono stati ricondotti tutti gli altri ambiti ai quali si riferisce l'articolo 4, comma 3, del Codice dei contratti pubblici).

Il carattere trasversale della tutela della concorrenza –nella lettura della Corte di cui alla successiva sentenza 431/2007- implica dunque che essa, avendo ad oggetto la disciplina del mercato di riferimento delle attività economiche, può influire anche su materie attribuite alla competenza legislativa, concorrente o residuale, delle regioni. La Corte ha ritenuto ammissibile la formulazione, da parte del legislatore statale, di una disciplina integrale e dettagliata delle procedure di gara e nell'inderogabilità delle relative disposizioni, le quali legittimamente incidono, nei limiti della loro specificità e dei contenuti normativi che di esse sono propri, sulla totalità degli ambiti materiali

entro i quali si applicano, senza che ciò determini una compressione irragionevole e sproporzionata di alcuna sfera di competenza regionale.

2. Gli spazi che concretamente residuano in capo al legislatore regionale nella disciplina delle fasi pubblicistica e privatistica dell'attività contrattuale dopo le sentenze della Corte del 2007.

Con la sentenza n. 431 del 2007 la Corte ha dunque definitivamente chiarito 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.

Le regioni pertanto non possono emanare norme generali che disciplinino la procedura di gara, né disciplinare singoli profili di tale procedura, con norme che modifichino quelle poste dal legislatore statale, anche se si proponano di aumentare l'apertura del mercato e favorire la partecipazione degli operatori economici.

La tutela della concorrenza non sopporta alcun intervento da parte dei legislatori regionali, i quali non possono porre in essere nemmeno interventi con finalità integrative o rafforzative degli standard posti dal legislatore statale.

La competenza in materia di concorrenza nel settore degli appalti pubblici non si intreccia in senso proprio con le competenze regionali, considerato che l'attività contrattuale della p.a. ha, a sua volta, un oggetto a priori indefinito e che si concretizza non all'atto dell'esercizio del titolo di competenza statale, ma al momento dell'indizione della gara da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, e che può vertere in materie sia esclusive (come i servizi pubblici locali o la formazione professionale) sia concorrenti (es. porti e aeroporti civili, protezione civile, alimentazione, grandi reti di trasporto, produzione e distribuzione dell'energia, ecc...): l'oggetto della concorrenza (l'assetto concorrenziale del mercato) non coincide con l'oggetto dell'appalto (la materia).

Nel momento in cui, con l'indizione della gara, viene ad esplicitarsi l'oggetto dell'appalto (es. forniture aeroportuali oppure lavori per la realizzazione di una grande rete di navigazione), l'autorità amministrativa sarà tenuta ad osservare le eventuali misure proconcorrenziali che, nei ristretti limiti sopra precisati, le regioni abbiano eventualmente adottato, legiferando in una delle due materie, stando all'esempio, di competenza ripartita; e tenendo, comunque, ben presente che la disciplina della procedura concorsuale sarà pressoché integralmente assorbita nella potestà legislativa statale di tutela della concorrenza, eccettuati gli eventuali profili di competenza, rispetto a quest'ultima però eterogenei, afferenti ad esempio all'organizzazione amministrativa (si pensi alla composizione del seggio di gara) o al governo del territorio o alla programmazione dei lavori o agli istituti procedurali che ricadano in sfere di competenza residuale o concorrente (come la definizione dei compiti e requisiti del responsabile del procedimento).

L'attività di progettazione, ad es., che dovrebbe essere attratta nell'ambito materiale di appartenenza dell'opera da realizzare, oppure la disciplina dei criteri di predisposizione dei piani di sicurezza, che dovrebbe rientrare nella materia a competenza ripartita della tutela e sicurezza del lavoro, vengono assorbite nella competenza statale, in quanto il fine di tutela della concorrenza prevale sulla spettanza del titolo di competenza che nella circostanza si "materializza".

La tutela della concorrenza prevale sulle altre competenze, sia che le incroci nell'arco della regolamentazione della procedura di affidamento – esclusi, per la loro eterogeneità e non assoggettabilità al giudizio di prevalenza, taluni aspetti di disciplina – sia che vi si sovrapponga nel corso dello svolgimento della gara d'appalto specificamente bandita, tranne la limitata facoltà di integrazione normativa proconcorrenziale ad effetti indiretti e marginali.

Alle competenze concorrenti e residuali delle regioni nell'ambito dei contratti pubblici sono rimasti, dunque, spazi davvero esigui: si assiste – nell'evoluzione legislativa della materia e nell'interpretazione giurisprudenziale della stessa – all'espansione della potestà legislativa dello Stato a danno di quella delle regioni.

I soli ambiti ormai ascrivibili alla competenza regionale sono i profili di carattere organizzativo e di semplificazione procedimentale, la cui sola disciplina può essere legittimamente dettata dalle regioni. Non è stata impugnata dal Governo, ad esempio, la l.r. Emilia-Romagna n. 28 del 2007 (recante “*Disposizioni per l’acquisizione di beni e servizi*”) la quale si limita a disciplinare profili di carattere organizzativo e di semplificazione procedimentale.

La Corte ha, infatti, sin dalla nota pronuncia n. 401 del 2007, chiarito che le disposizioni statali concernenti la composizione e modalità di nomina dei componenti della commissione giudicatrice per i contratti inerenti a settori di competenza regionale, hanno carattere suppletivo e cedevole rispetto ad una divergente normativa regionale che abbia già diversamente disposto o che disponga per l’avvenire; che detti aspetti devono essere ricondotti nell’ambito organizzativo delle singole stazioni appaltanti, che potranno modularli tenendo conto della complessità dell’oggetto della gara, nonché dell’importo della medesima; che gli aspetti connessi alla composizione della commissione giudicatrice e alle modalità di scelta dei suoi componenti attengono, più specificamente, all’organizzazione amministrativa degli organismi cui sia affidato il compito di procedere alla verifica del possesso dei necessari requisiti, da parte delle imprese concorrenti, per aggiudicarsi la gara.

In tal senso, l’articolo 11 della l.r. dell’Emilia-Romagna n. 28 del 2008 – che non è stato impugnato dal Governo-, al quale al comma 3, disponendo che la commissione giudicatrice, pur dovendo essere di norma presieduta da un dirigente, possa esserlo, in caso di mancanza in organico o qualora sia richiesto da motivate ragioni organizzative, da un funzionario incaricato di funzioni apicali, introduce una misura di flessibilità organizzativa; nella stessa ottica, estende la possibilità di ricorrere ad esperti esterni anche ad appartenenti a categorie diverse da quelle indicate dall’articolo 84 comma 8 del Codice, così creando un margine organizzativo in capo alle singole amministrazioni.

Altro e più recente esempio è l’articolo 15 della l.r. Umbria n. 3 del 2010 (recante “*Disciplina regionale dei lavori pubblici e norme in materia di regolarità contributiva per i lavori pubblici*”), disciplinante le modalità organizzative dell’attività del responsabile unico del procedimento, ritenuto dalla Corte legittimo in quanto riconducibile alla materia della organizzazione amministrativa, riservata alle Regioni ai sensi del quarto comma dell’art. 117 Cost.)

3. La giurisprudenza della Corte dopo le sentenze del 2007

Nelle sentenze successive al 2007 la Corte ha confermato l’orientamento formatosi a partire dalla sentenza n. 401/2007.

Nelle pronunce del 2008 la Corte ribadisce ancora una volta che la disciplina delle procedure di gara e, in particolare, la regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione, vanno ricondotte all’ambito della tutela della concorrenza, di esclusiva competenza del legislatore statale.

E’ dunque legittima l’adozione, da parte del legislatore statale, di una disciplina integrale e dettagliata delle richiamate procedure (con conseguente inderogabilità delle relative disposizioni): le leggi regionali che derogano alla disciplina statale sono illegittime (sentt. n. 320 e n. 322 del 2008).

Nella sentenza 411/2008, avente ad oggetto la L.r. Sardegna n. 5 del 2007 (recante “*Procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, in attuazione della direttiva comunitaria n. 2004/18/CE del 31 marzo 2004 e disposizioni per la disciplina delle fasi del ciclo dell’appalto*”) la Corte ha riaffermato che le norme relative alle procedure di gara ed all’esecuzione del rapporto contrattuale, ivi comprese quelle in tema di programmazione di lavori pubblici, sono di competenza legislativa statale perché poste a tutela della concorrenza.

Detto orientamento – ormai consolidato - è stato poi espressamente ribadito nelle sentenze 160/2009, 283/2009, 221/2010, 7/2011, 43/2011 e 53/2011.

Nella prima delle citate pronunce (sent. n. 160/2009) la Corte ha ricordato come, nello specifico settore degli appalti la materia della tutela della concorrenza, si connota per un particolare modo di operare della sua trasversalità: l'interferenza con le competenze regionali si atteggia in modo peculiare non realizzandosi normalmente un intreccio in senso stretto con ambiti materiali di pertinenza regionale, bensì la prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa. Ne consegue che la fase della procedura di evidenza pubblica, riconducibile alla tutela della concorrenza, potrà essere interamente disciplinata, nei limiti del rispetto dei principi di proporzionalità ed adeguatezza, dal legislatore statale.

In questa prospettiva, le singole Regioni sono legittimate a regolare, da un lato, quelle fasi procedimentali che afferiscono a materie di propria competenza, dall'altro, i singoli settori oggetto della predetta procedura e rientranti anch'essi in ambiti materiali di pertinenza regionale.

Al fine di evitare che siano vanificate le competenze delle Regioni, è consentito che norme regionali riconducibili a tali competenze possano produrre «effetti proconcorrenziali», purché tali effetti siano indiretti e marginali e non si pongano in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che tutelano e promuovono la concorrenza.

La Corte ribadisce inoltre che la distinzione tra contratti sotto-soglia e sopra-soglia non può essere, di per sé, invocata quale utile criterio ai fini della individuazione dello stesso ambito materiale della tutela della concorrenza. Detto ambito ha una portata che trascende ogni rigida e 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 dunque giustificare un intervento unitario da parte del legislatore statale. E se si riconosce, nello specifico, la sussistenza di tale esigenza, in relazione ovviamente a finalità di tutela della concorrenza, deve conseguentemente ammettersi la legittimazione statale a disciplinare l'istituto secondo le modalità proprie degli appalti di rilevanza comunitaria.

E' stato dunque definitivamente chiarito che la distinzione tra contratti sopra e sotto-soglia non può costituire, nei limiti anzidetti, un netto elemento di differenziazione ai fini della individuazione del livello di competenza statale o regionale.

Nella seconda delle citate pronunce (sent. n. 283/2009) la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittime le disposizioni della L.R. Puglia n. 14 del 2008 (recante *Misure a sostegno della qualità delle opere di architettura e di trasformazione del territorio*) sui concorsi di idee e di progettazione concernenti i contratti sotto soglia, ritenendo questi ultimi ricadenti nell'ambito materiale della tutela della concorrenza. A detta del Supremo Collegio l'uniformità rappresenta un valore in sé perché differenti normative regionali sono suscettibili di creare dislivelli di regolazione, produttivi di barriere territoriali. La tutela della concorrenza non può essere fatta per zone: essa, per sua natura, non può tollerare differenziazioni territoriali, che finirebbero per limitare, o addirittura neutralizzare, gli effetti delle norme di garanzia.

Da quanto rilevato deriva che alle Regioni non è consentito adottare una disciplina relativa alle procedure ad evidenza pubblica, neppure quando essa miri a garantire un livello di concorrenza più elevato rispetto a quello statale.

Nelle sentenze 45/2010 e 221/2010 la Corte ha chiarito ulteriormente i limiti che la potestà legislativa delle Regioni a statuto speciale incontra nel campo dei lavori pubblici, la nozione di tutela della concorrenza e la natura di norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica delle disposizioni contenute nel Codice degli appalti pubblici «*come tali costituenti legittimamente limite alla potestà legislativa primaria della resistente Provincia autonoma di Trento; e ciò segnatamente per quelle norme del predetto Codice che attengono, da un lato, alla scelta del contraente (alle procedure di affidamento) e, dall'altro, al perfezionamento del vincolo negoziale e alla correlata sua esecuzione*».

A detta della Corte la Provincia autonoma di Trento, nel dettare norme in materia di lavori pubblici di interesse provinciale, pur esercitando una competenza primaria specificamente attribuita

dallo statuto di autonomia, deve non di meno rispettare, con riferimento soprattutto alla disciplina della fase del procedimento amministrativo di evidenza pubblica, i principi della tutela della concorrenza strumentali ad assicurare le libertà comunitarie e dunque le disposizioni contenute nel Codice degli appalti che costituiscono diretta attuazione delle prescrizioni poste a livello europeo. Altro limite alla suddetta competenza legislativa provinciale è rinvenibile nei principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica, tra i quali sono ricompresi anche quelli afferenti alla disciplina di istituti e rapporti privatistici, che non può che essere uniforme sull'intero territorio nazionale, in ragione della esigenza di assicurare il rispetto del principio di uguaglianza. In relazione a questo aspetto viene in rilievo, la fase di conclusione ed esecuzione del contratto di appalto.

In definitiva, la Provincia autonoma è tenuta a rispettare, con riguardo, in particolare, alla disciplina della suddetta fase, tra l'altro, anche quelle norme statali, contenute nel d.lgs. n. 163 del 2006, che sono espressione dei principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica e delle norme di riforma economico-sociale (nello stesso senso anche la successiva sentenza n.184/2011)

Dunque, nel settore degli appalti pubblici il riparto di competenze si atteggia in modo diverso a seconda che trovino applicazione il Titolo V della parte II della Costituzione ovvero norme statutarie speciali che prevedano, in via autonoma, la materia dei lavori pubblici, di interesse regionale o, come nel caso in esame, di interesse provinciale.

Nel primo caso, in mancanza della previsione di un ambito materiale nel quale ricondurre gli appalti pubblici, le Regioni a statuto autonomo possono, nell'esercizio di una loro specifica competenza, emanare norme che producano «effetti proconcorrenziali», nei limiti innanzi indicati.

In presenza, invece, di una previsione statutaria, quale quella esaminata, che contempri, quale materia a sé, i lavori pubblici di interesse provinciale, l'ente ad autonomia speciale è legittimato a disciplinare il settore, ma, nell'esercizio di tale specifica competenza legislativa, deve rispettare i limiti fissati dallo statuto speciale (art. 4). Ciò comporta che la disciplina provinciale non possa avere un contenuto difforme da quella assicurata in ambito europeo e nazionale e, quindi, non possa alterare negativamente il livello di tutela assicurato da quest'ultimo.

La disciplina regionale non può avere un contenuto difforme da quella prevista, in attuazione delle norme comunitarie, dal legislatore nazionale e, quindi, non può alterare negativamente il livello di tutela assicurato dalla normativa statale (pronuncia confermata anche da Corte cost. n. 114/2011).

Nella sentenza n. 221 del 2010, con cui la Corte ha giudicato della legittimità costituzionale della l.r. Friuli n. 11/2009 (concernente *"Misure urgenti in materia di sviluppo economico regionale, sostegno al reddito dei lavoratori e delle famiglie, accelerazione di lavori pubblici"*), il Supremo Collegio sottolinea come l'art. 4 dello statuto speciale (l. cost. n. 1 del 1963) attribuisce alla Regione Friuli-Venezia Giulia competenza legislativa primaria in materie specificamente enumerate, tra le quali rientra anche quella dei «lavori pubblici di interesse regionale» (n. 9), ma puntualizza che ciò non significa che – in relazione alla disciplina dei contratti di appalto che incidono nel territorio della Regione – la legislazione regionale sia libera di esplicitarsi senza alcun vincolo e che non possano trovare applicazione le disposizioni di principio contenute nel Codice dei contratti pubblici. Fa presente a proposito come il medesimo art. 4 citato preveda che la potestà legislativa primaria regionale deve essere esercitata «in armonia con la Costituzione, con i principi generali dell'ordinamento giuridico della Repubblica, con le norme fondamentali delle riforme economico-sociali e con gli obblighi internazionali dello Stato (...)».

In secondo luogo, il legislatore regionale deve osservare i principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica, tra i quali sono ricompresi anche quelli afferenti la disciplina di istituti e rapporti privatistici relativi, soprattutto, alla fase di conclusione ed esecuzione del contratto di appalto, che deve essere uniforme sull'intero territorio nazionale, in ragione dell'esigenza di assicurare il rispetto del principio di uguaglianza.

A ciò è da aggiungere che nella suindicata fase di conclusione ed esecuzione del rapporto contrattuale si collocano anche istituti che rispondono ad interessi unitari e che – implicando valutazioni e riflessi finanziari, che non tollerano discipline differenziate nel territorio dello Stato – possono ritenersi espressione del limite rappresentato dalle norme fondamentali delle riforme economico-sociali.

Ricorda che la progettazione non costituisce una materia, ma un momento del complesso iter procedimentale preordinato alla realizzazione dell'opera pubblica, che l'aspetto qualificante dell'attività di progettazione è dato dal fatto che essa deve svolgersi secondo la prevista articolazione, essendo questa essenziale per assicurare, con il progetto esecutivo, l'eseguibilità dell'opera e indispensabile per rendere certi i tempi e i costi di realizzazione dell'opera stessa. Sulla base di tale premessa, la Corte ha ritenuto che la norma statale costituisca «elemento coesistente alla riforma economico-sociale», con la conseguenza che essa opera come limite all'attività legislativa regionale.

Nella sentenza n. 7 del 2011 la Corte, pronunciandosi sulla legittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge regionale ligure n. 63 del 2009 (recante “*Disposizioni collegate alla legge finanziaria 2010*”), ha ritenuto che la presentazione dello studio di fattibilità, di cui all'art. 153, comma 19 del Codice di contratti, pur cadendo in un momento antecedente alla fase dell'evidenza pubblica, costituisce parte integrante di quest'ultima e che la norma regionale censurata, incidendo direttamente sulla materia, di competenza esclusiva statale, della tutela della concorrenza, è illegittima.

Nella successiva sentenza 43/2011 la Corte ha rilevato come invece la disciplina delle modalità organizzative dell'attività del responsabile unico del procedimento di cui all'articolo 15 della l.r. Umbria n. 3 del 2010 (recante *Disciplina regionale dei lavori pubblici e norme in materia di regolarità contributiva per i lavori pubblici*”), rientri nella materia della organizzazione amministrativa, riservata alle Regioni ai sensi del quarto comma dell'art. 117 Cost., con la conseguenza che non possono venire in rilievo i principi fondamentali desumibili dalla legislazione dello Stato, i quali limitano la potestà legislativa regionale soltanto nelle materie di competenza concorrente ex art. 117, terzo comma, Cost.

Legittima è stata altresì ritenuta la norma regionale umbra che prevede che le amministrazioni aggiudicatrici ripartiscono - con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata ed assunti in un regolamento adottato dall'amministrazione- tra il responsabile del procedimento e gli incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori, del collaudo, nonché tra i loro collaboratori, una somma non superiore al due per cento dell'importo posto a base di gara di un'opera o di un lavoro per ogni singola opera o lavoro.

Secondo la Corte la disciplina dei suddetti incentivi, ponendosi al di fuori dell'attività di progettazione delle opere in senso stretto, non è suscettibile di invadere le competenze esclusive dello Stato nelle materie della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile. Chiarisce che la riconduzione dell'attività di progettazione alla competenza esclusiva dello Stato opera esclusivamente per quanto attiene alla fissazione dei criteri in base ai quali tale attività deve essere svolta in modo da assicurare in ogni caso la più ampia competitività e la libera circolazione degli operatori economici nel segmento di mercato in questione, ma non si estende fino ad incidere sulla spettanza del concreto svolgimento dell'attività progettuale alle singole amministrazioni aggiudicatrici.

Nella recente pronuncia n. 53 del 2011 la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il comma 3 dell'art. 20 della legge della Regione Lombardia 5 febbraio 2010, n. 7 (recante “*Interventi normativi per l'attuazione della programmazione regionale e di modifica ed integrazione di disposizioni legislative – Collegato ordinamentale 2010*”) il quale prevedeva –in relazione agli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria - che per determinate forniture di beni prodotti in

serie e di servizi a carattere periodico, o di natura intellettuale, il collaudo e la verifica di conformità potessero essere sostituiti da un attestato di regolare esecuzione rilasciato dal responsabile unico del procedimento ovvero dal dirigente della struttura destinataria della fornitura del servizio.

La Corte ha ravvisato l'illegittimità della disposizione nella parte in cui essa ritiene sufficiente, in sostituzione del collaudo, un mero attestato di regolare esecuzione, disciplinando in maniera diversa dall'art. 120 del Codice dei contratti un profilo afferente alla fase di esecuzione del rapporto contrattuale di appalto.

4. Le disposizioni regionali finora dichiarate incostituzionali

➤ Sent. Corte cost. n. 431/2007 su l.r. Campania n. 12 del 2006

Previsione di procedure diverse da quelle del Codice in tema di:

- incentivi e corrispettivi per la progettazione;
- scelta del contraente;
- criteri di aggiudicazione;
- forme di pubblicità;
- cause di esclusione dalla gara;
- individuazione dei soggetti invitati a partecipare alla gara;
- di diverso termine rispetto a quello indicato dal Codice per il ricevimento delle offerte nel caso di asta pubblica;
- procedure di affidamento

➤ Sent. Corte cost. n. 431/2007 su l.r. Abruzzo n. 33 del 2006:

- disposizioni in materia di collaudo diverse da quelle contenute nel Codice;

➤ Sent. Corte Cost. n. 322/2008 su l.r. Veneto n. 17 del 2007:

- previsione di una soglia diversa per l'affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria (da 40 mila a 100 mila euro e sotto la soglia dei 40 mila euro) rispetto alla soglia comunitaria di cui all'articolo 91 del Codice;
- previsione che gli incarichi di progettazione compresi tra i 40 mila euro e la soglia comunitaria siano affidati secondo i criteri di affidamento previsti da un provvedimento della Giunta (e non con procedura a trattativa privata con invito ad almeno 5 concorrenti);
- sistema di pubblicità peculiare sotto soglia;
- previsione che l'affidamento delle attività di verifica e validazione dei progetti avvenga nel rispetto di criteri delineati dalla Giunta;
- facoltatività della verifica della congruità delle offerte anomale;
- previsione che le giustificazioni siano fornite solo su richiesta della stazione appaltante;
- mancata distinzione tra procedura negoziata previa o senza previa pubblicazione del bando;
- previsione della sospensione del pagamento del corrispettivo solo limitatamente alla somma non corrisposta al subappaltatore nel caso di mancata trasmissione delle fatture quietanzate;
- previsione di norme in materia di leasing immobiliare;
- criteri di affidamento e modalità di pubblicità per l'individuazione di soggetti che eseguiranno le indagini geologiche e archeologiche preliminari nel caso di lavori di competenza regionale di importo inferiore alla soglia comunitaria;
- deroghe alle procedure di verifica preventiva dell'interesse archeologico per i lavori pubblici di competenza regionale;

➤ Sent. Corte cost. n. 411/2008 su l.r. Sardegna n. 5 del 2007

- l'approvazione di un programma triennale per i soli lavori di importo superiore ai 200.000 euro;

- prescrizione – ai fini dell’inserimento di un lavoro nell’elenco annuale – solo uno studio di fattibilità per i lavori di importo inferiore ai 2.000.000 di euro, laddove la normativa statale prescrive invece il progetto preliminare per i lavori di importo superiore ad 1.000.000 di euro;
- disciplina della progettazione e delle tipologie progettuali difforme da quella del Codice;
- disciplina difforme rispetto a quella posta dal legislatore statale in tema di affidamento degli incarichi di progettazione e di direzione dei lavori,
- validazione dei progetti, in specie attraverso l’ampliamento dell’area accessibile ai validatori non qualificati dall’accreditamento ed il restringimento dell’area riservata ai validatori accreditati (art. 13, commi 3, 4 e 10);
- individuazione di differenti criteri di aggiudicazione per l’affidamento di lavori pubblici con corrispettivo mediante cessione di beni pubblici nonché di criteri di espletamento della gara (art. 16, comma 12);
- delimitazione dell’obbligo di presentazione di giustificazioni a corredo dell’offerta nei soli casi di offerte anormalmente basse;
- ampliamento delle ipotesi di ricorso alla procedura semplificata di gara;
- introduzione di forme di pubblicità attenuata in relazione a bandi inerenti ad appalti di lavori pubblici di valore ridotto;
- qualificazione regionale degli esecutori di lavori pubblici ed individuazione di criteri autonomi di ammissione alla gara;
- introduzione di ulteriori ipotesi delle cause di esclusione dalle gare;
- riconoscimento del diritto di prelazione del promotore rispetto al vincitore della gara;
- individuazione di ipotesi peculiari di ricorso alla trattativa privata con e senza pubblicazione di bando;
- identificazione di nuove ipotesi di ricorso alle spese in economia;
- determinazione di propri criteri di affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura;
- individuazione delle garanzie ed assicurazioni a corredo dell’offerta.

➤ **Sent. Corte cost. n. 411/2008 su l.r. Sardegna n. 5 del 2007**

- individuazione di differenti criteri di svolgimento dell’attività di progettazione e tipologie progettuali diversi da quelli contenuti nel Codice;
- previsione di soglie e modalità diverse di affidamento degli incarichi di progettazione e direzione dei lavori;
- individuazione di differenti criteri di aggiudicazione per l’affidamento di lavori pubblici con corrispettivo mediante cessione di beni pubblici;
- delimitazione dell’obbligo di presentazione delle giustificazioni a corredo dell’offerta nei soli casi di offerte anormalmente basse;
- ampliamento delle ipotesi di ricorso alla procedura semplificata di gara;
- esclusione della previsione della pubblicazione dei bandi sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana in favore della pubblicazione dei medesimi sui siti internet della Regione;
- introduzione di forme di pubblicità attenuata in relazione a bandi inerenti ad appalti di lavori pubblici di valore ridotto;
- qualificazione regionale degli esecutori di lavori pubblici ed individuazione di criteri autonomi di ammissione alla gara;
- l’introduzione di ulteriori ipotesi delle cause di esclusione dalle gare, fra cui quella della mancata effettuazione del sopralluogo secondo le modalità fissate dalla stazione appaltante;
- riconoscimento del diritto di prelazione del promotore rispetto al vincitore della gara;
- individuazione di ipotesi peculiari di ricorso alla trattativa privata con e senza pubblicazione di bando;
- identificazione di nuove ipotesi di ricorso alle spese in economia;
- determinazione di propri criteri di affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura;
- non obbligatoria programmazione dei lavori pubblici regionali;

- esonero di lavori pubblici dall'obbligo di preventiva progettazione preliminare al fine del loro inserimento in programma, statuendo la sufficienza del mero studio di fattibilità;
- **Sent. Corte cost. n. 160/2009 su l.r. Campania n. 1 del 2008**
- disciplina dell'avvalimento che consente il ricorso ad esso solo per gli appalti di rilevanza comunitaria;
- possibilità di ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando nell'anno successivo alla stipulazione del contratto iniziale nel caso di nuovi servizi consistenti nella ripetizione dei servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario;
- previsione dell'obbligo per la stazione appaltante di procedere sempre ed in ogni caso all'esclusione automatica delle offerte anomale in presenza di un contratto di appalto di rilevanza non comunitaria;
- **Sent. Corte cost. n. 283/2009 su l.r. Puglia n. 14/2008**
- disposizioni sui concorsi di idee e di progettazione concernenti i contratti sotto-soglia;
- concorsi di progettazione banditi da privati.
- **Sent. Corte cost. 45/2010 su legge Provincia autonoma di Trento n. 10/2008**
- applicazione delle regole a tutela della concorrenza soltanto per i contratti di sponsorizzazione relativi ad opere o lavori pubblici di cui all'allegato I della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 (corrispondente all'allegato I del Codice degli Appalti), nonché per quelli aventi ad oggetto i beni culturali, non menzionando, invece, né i servizi di cui all'allegato II del Codice degli appalti, né le forniture disciplinate dal medesimo (gli uni come le altre, invece, espressamente menzionati dall'art. 26 del Codice).
- **Sent. Corte cost. 221/2010 su l.r. Friuli n. 11/2009**
- non essenzialità della progettazione preliminare per i lavori di importo inferiore a 200.000 euro, considerandola assorbita nell'elenco annuale dei lavori
- **Sent. Corte cost. 7/2011 su l.r. Liguria n. 63/2009**
- autorizzazione a soggetti privati che intendano promuovere interventi non previsti dagli strumenti di programmazione triennale adottati dalla Regione a presentare "studi di prefattibilità", senza alcun diritto a compenso o alla realizzazione dell'opera e neppure ad una tempestiva decisione della Regione
- **Sent. Corte 43/2011 su l.r. Umbria n. 3/2010**
- utilizzazione dell'elenco regionale dei prezzi e dei costi per la sicurezza non aggiornato per i progetti di livello almeno preliminare, approvati prima della data di pubblicazione dell'aggiornamento a condizione che i relativi bandi, avvisi o lettere di invito per l'esecuzione dei lavori vengano, rispettivamente, pubblicati o trasmesse, entro il successivo mese di giugno
- determinazione dei corrispettivi concordata tra il responsabile del procedimento o il dirigente e il professionista incaricato all'esito della procedure di affidamento diretto dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria,
- previsione, negli appalti relativi all'espletamento dell'attività di manutenzione, un particolare tipo di contratto che viene qualificato come "aperto", con contenuto variabile, cioè determinabile in ragione delle necessità manifestate dall'amministrazione nel periodo temporale (quattro anni) di efficacia dello stesso.

➤ **Sent. Corte 53/2011 su l.r. Lombardia n. 7/2010**

- previsione, per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, che per determinate forniture di beni prodotti in serie e di servizi a carattere periodico, o di natura intellettuale, il collaudo e la verifica di conformità possano essere sostituiti da un attestato di regolare esecuzione rilasciato dal responsabile unico del procedimento ovvero dal dirigente della struttura destinataria della fornitura del servizio.

➤ **Sent. Corte 114/2011 su l.r. Friuli Venezia-Giulia n. 12/2010**

- previsione dell'esclusione automatica in ipotesi diverse da quelle del Codice
- diverse forme di pubblicità per gli appalti sotto soglia
- previsione che l'affidamento di servizi di ingegneria o di architettura di importo pari o inferiore a 50.000 euro siano affidati dalla stazione appaltante sulla base di una procedura selettiva mediante curricula tra tre soggetti.

➤ **Sent. Corte 184/2011 su l.r. Sardegna n. 5/2007**

- previsione dell'esclusione automatica delle offerte anomale nelle gare sotto soglia comunitaria
- facoltà dell'esclusione automatica non esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a 5