



I PRINCIPI ESPRESSI DALLA CORTE COSTITUZIONALE NELLA SENTENZA N. 401/2007

di

Rosanna De Nictolis

5 dicembre 2007

1. In negativo: inutilizzabilità di criteri di riparto soggettivi o fondati sull'interesse regionale/nazionale.

Le disposizioni contenute nel [d.lgs. n. 163/2006](#) (c.d. codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture) non sono riconducibili ad una sola materia tra quelle di cui all'art. 117 Cost., atteso che i lavori pubblici, e l'intera attività contrattuale della pubblica amministrazione, si qualificano a seconda dell'oggetto a cui afferiscono.

Non è configurabile né una materia relativa ai lavori pubblici nazionali né una materia afferente ai lavori pubblici di interesse regionale, né è possibile tracciare il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni secondo un criterio soggettivo, distinguendo tra gare indette da amministrazioni statali e regionali o subregionali.

2. Gli ambiti di legislazione sull'attività contrattuale della p.a. che rientrano nella competenza esclusiva dello Stato.

E' costituzionalmente legittimo l'art. 4, co. 3, primo periodo, d.lgs. n. 163/2006, che elenca gli ambiti di legislazione sui contratti della p.a. riconducibili alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, in quanto detti ambiti sono riconducibili alle materie <<tutela

della concorrenza>>, <<ordinamento civile>>, <<giurisdizione e giustizia amministrativa>> che l'art. 117 Cost. attribuisce alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.

E' costituzionalmente legittimo l'art. 4, co. 3, secondo periodo, che fa salva la competenza esclusiva dello Stato in materia di contratti relativi a beni culturali, in quanto ai sensi dell'art. 117 Cost. la tutela dei beni culturali rientra nella competenza esclusiva statale.

3. Ambito, natura, limiti interni e contenuto della materia <<tutela della concorrenza>> con riferimento alla fase dell'evidenza pubblica.

La materia <<tutela della concorrenza>> di cui all'art. 117 Cost.:

1) ha <<**ambito**>> coincidente con la nozione comunitaria, inclusiva sia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, sia di interventi mirati a ridurre gli squilibri attraverso la creazione delle condizioni per la instaurazione di assetti concorrenziali, e dunque si definisce come concorrenza <<per>> il mercato (che impone la scelta del contraente con procedure di gara) e concorrenza <<nel>> mercato (attraverso la liberalizzazione dei mercati);

2) ha <<**natura**>> <<trasversale>>, non presentando i caratteri di una materia di estensione certa, ma quelli di una funzione esercitabile sui più diversi oggetti;

3) consente al legislatore statale di dettare sia norme di principio che norme analitiche, ma rispettando <<**i limiti interni**>> costituiti dai canoni di ragionevolezza e proporzionalità delle singole disposizioni rispetto alla finalità perseguita.

Il sindacato di costituzionalità sulle norme statali in materia di tutela della concorrenza si esplica attraverso un doppio livello, il primo volto a verificare se l'intervento normativo sia astrattamente riconducibile alla materia in questione, il secondo volto a verificare se le singole disposizioni, pur in astratto rientranti in detta materia, siano ragionevoli e proporzionate rispetto al fine perseguito.

In applicazione del c.d. primo livello di verifica, con riguardo all'attività contrattuale della pubblica amministrazione, sono riconducibili alla materia costituzionale <<tutela della concorrenza>> la procedura di evidenza pubblica finalizzata alla scelta del contraente e la vigilanza sul mercato dei contratti pubblici, sia sopra che sotto soglia comunitaria, e, segnatamente, i seguenti istituti e disposizioni:

1) le procedure di qualificazione e selezione dei concorrenti;

2) le procedure di affidamento, esclusi i profili attinenti all'organizzazione amministrativa, ed esclusi, in particolare i criteri di scelta e di nomina delle commissioni di gara;

3) i criteri di aggiudicazione;

4) i criteri di aggiudicazione che devono presiedere all'attività di progettazione e alla formazione dei piani di sicurezza;

5) i poteri di vigilanza sul mercato degli appalti;

6) il subappalto;

e, in dettaglio:

1) gli artt. 6, co. 9, lett. a) e 7, co. 8, inerenti la vigilanza;

2) l'art. 48, relativo al controllo sul possesso dei requisiti dei concorrenti;

3) l'art. 53, quanto ai tipi contrattuali per la realizzazione dei lavori pubblici;

4) gli artt. 54, 56, 57, 62, 122, nella parte in cui si riferiscono alla procedura negoziata e alla trattativa privata, che secondo la Corte vanno ricondotti ai criteri di aggiudicazione;

5) gli artt. 70, 71 e 72 quanto ai termini delle procedure di gara;

6) l'art. 75 relativo alle garanzie a corredo dell'offerta;

7) gli artt. 11, co. 4, da 81 a 88, relativi ai criteri di aggiudicazione;

8) l'art. 88, relativo al procedimento di verifica ed esclusione delle offerte anomale;

9) l'art. 91, relativo all'affidamento degli incarichi di progettazione;

10) l'art. 153, relativo al *project financing*;

11) gli artt. 121, 122, 123, 124 e 125, relativi agli appalti sotto soglia.

In applicazione del c.d. secondo livello di verifica, sono costituzionalmente legittimi, perché rientrano nella materia <<tutela della concorrenza>> e perché non violano i parametri di ragionevolezza e proporzionalità, l'art. 88, in tema di procedimento di verifica ed esclusione delle offerte anomale, e gli artt. 122 e 124 nella parte relativa alle forme di pubblicità per gli appalti sotto soglia.

4. Contenuto della materia <<ordinamento civile>> con riferimento alla fase di stipulazione ed esecuzione dei contratti della p.a.

Con riguardo all'attività contrattuale della pubblica amministrazione, è riconducibile alla materia costituzionale <<ordinamento civile>> la fase di stipulazione e di esecuzione del contratto, in cui la pubblica amministrazione agisce in posizione paritaria con l'altro

contraente, nell'esercizio non di poteri amministrativi ma di autonomia negoziale. Sono in particolare riconducibili all'«ordinamento civile» i seguenti istituti e disposizioni:

- 1) la regola della tassatività dei tipi contrattuali per la realizzazione di lavori (art. 53, co. 1);
- 2) le garanzie di esecuzione ex art. 113 del codice;
- 3) il subappalto di cui all'art. 118 del codice;
- 4) la direzione dei lavori (art. 130 del codice);
- 5) le polizze tipo ex art. 252, co. 6;
- 6) le varianti in corso d'opera (art. 132 del codice);
- 7) il collaudo.

In relazione alla fase di esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione le Regioni, in relazione a peculiari esigenze di interesse pubblico possono dettare norme inerenti l'esercizio di poteri pubblici riferibili a specifici aspetti organizzativi della fase esecutiva.

5. Contenuto della materia «giurisdizione ...e giustizia amministrativa» con riferimento al contenzioso sui contratti pubblici.

Con riguardo all'attività contrattuale della pubblica amministrazione, le norme relative al contenzioso e, in particolare, l'accordo bonario, sono costituzionalmente legittime perché rientrano nella materia «giurisdizione (...) e giustizia amministrativa» che l'art. 117 Cost. attribuisce alla competenza legislativa statale esclusiva.

6. Gli ambiti di legislazione sull'attività contrattuale della p.a. di competenza concorrente, ovvero di competenza esclusiva regionale.

L'art. 4, co. 2, d.lgs. n. 163/2006, che elenca gli ambiti di legislazione sui contratti pubblici ascrivibili a competenza legislative concorrente, è costituzionalmente legittimo.

E' costituzionalmente legittimo l'art. 4, co. 2, d.lgs. n. 163/2006, nella parte in cui ascrive a competenza concorrente la «programmazione dei lavori pubblici», che non è una materia a sé, seguendo il regime giuridico proprio delle singole opere.

E' costituzionalmente legittimo l'art. 4, co. 2, d.lgs. n. 163/2006, nella parte in cui ascrive a competenza concorrente <<l'approvazione dei progetti a fini urbanistici ed espropriativi>>, atteso che tale profilo rientra nell'urbanistica, che rientra nella competenza concorrente.

E' costituzionalmente legittimo l'art. 4, co. 2, d.lgs. n. 163/2006, nella parte in cui ascrive a competenza concorrente <<l'organizzazione amministrativa>> e <<i compiti e requisiti del responsabile del procedimento>>, perché il riferimento è solo ai profili dell'organizzazione amministrativa che riguardano i lavori, servizi e forniture.

E' costituzionalmente illegittimo l'art. 84, commi 2, 3, 8 e 9, d.lgs. n. 163/2006, nella parte in cui vincola le Regioni all'osservanza di norme in materia di composizione e modalità di nomina dei componenti delle commissioni di gara, anziché disporre che le disposizioni abbiano carattere suppletivo e cedevole rispetto ad una divergente normativa regionale che abbia già diversamente disposto o che disponga per l'avvenire, trattandosi di profili che non rientrano nella materia <<tutela della concorrenza>> ma nella materia <<organizzazione amministrativa>>, che compete alle Regioni quanto alla propria organizzazione

E' costituzionalmente illegittimo l'art. 98, co. 2, d.lgs. n. 163/2006, nella parte in cui dispone che l'approvazione dei progetti definitivi da parte del consiglio comunale equivale a variante urbanistica a tutti gli effetti, trattandosi di norma di dettaglio non consentita nella materia urbanistica, oggetto di competenza legislativa concorrente.

7. La competenza regolamentare dello Stato in ordine all'attività contrattuale della pubblica amministrazione.

E' costituzionalmente legittimo l'art. 5, co. 1, d.lgs. n. 163/2006, nella parte in cui dispone che il regolamento di esecuzione e attuazione del codice si applica anche alle amministrazioni regionali, per la parte in cui si riferisce a materie di legislazione esclusiva statale, avendo lo Stato potestà regolamentare nelle materie attribuite alla sua competenza legislativa esclusiva ai sensi dell'art. 117, co. 6, Cost.

Lo Stato ha potestà regolamentare anche nelle materie <<trasversali>> attribuite alla sua competenza legislativa esclusiva e, segnatamente, anche nella materia <<tutela della

concorrenza>>; né vi è possibilità di condizionamento delle fonti regionali primarie da parte della fonte statale secondaria, che, dando attuazione ed esecuzione a disposizioni di legge, detta le norme necessarie a realizzare assetti concorrenziali, mentre le fonti regionali disciplinano profili non afferenti, ancorché contigui, alla tutela della concorrenza.

E' costituzionalmente legittimo l'art. 5, co. 4, d.lgs. n. 163/2006, nella parte in cui non prevede il parere della Conferenza Stato – Regioni nell'ambito del procedimento di formazione del regolamento di esecuzione e attuazione del codice, in quanto non vi è obbligo di coinvolgimento delle Regioni nella fase di esercizio della potestà regolamentare dello Stato nelle materie riservate alla sua competenza legislativa esclusiva. Tanto vale anche per la materia tutela della concorrenza per il peculiare atteggiarsi della sua trasversalità. Il rispetto delle regole collaborative può essere imposto a livello costituzionale sono nei casi in cui si verifichi un forte intreccio con competenze regionali, cosa che non si verifica con riguardo ai pubblici appalti.

E' costituzionalmente legittimo l'art. 5, co. 2, d.lgs. n. 163/2006, nella parte in cui dispone che il regolamento reca l'elenco delle proprie disposizioni che, rientrando in materie di competenza legislativa statale esclusiva, sono applicabili anche alle Regioni, in quanto trattandosi di un elenco ricognitivo e non precettivo non reca alcun nocumento all'autonomia regionale.

E' costituzionalmente illegittimo l'art. 5, co. 2, d.lgs. n. 163/2006, nella parte in cui dispone che il regolamento reca l'elenco delle proprie disposizioni che, rientrando in materie di competenza legislativa statale esclusiva, sono applicabili anche alle Province autonome di Trento e Bolzano, che hanno competenza legislativa esclusiva sui lavori pubblici di interesse provinciale, mentre l'art. 5, co. 1, va interpretato nel senso che esso non si riferisce alle dette Province autonome.