



IL RIPARTO DI COMPETENZE TRA STATO E REGIONI IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI*

(NOTA A CORTE COST., SENT. N. 401/2007)

di

Federico Ghera

(Professore associato di Diritto costituzionale, Università di Foggia)

16 gennaio 2008

1. La Corte costituzionale si è occupata del riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di appalti pubblici – dopo la riforma del Titolo V della Costituzione da parte della legge costituzionale n. 3/2001 – già nella sentenza n. 303/2003, ove ha avuto modo di affermare che *“la mancata inclusione dei “lavori pubblici” nella elencazione dell’art. 117 Cost. (...) non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale. 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 (...)”*¹.

Nel medesimo ordine di idee si muove la decisione in commento, la quale, anzi, estende tale impostazione *“all’intera attività contrattuale della pubblica amministrazione”*, la quale, infatti, secondo la Corte *“non può identificarsi in una materia a sé”*, essendo piuttosto *“un’attività che inerisce alle singole materie sulle quali si esplica”*.

2. Fatta questa premessa, la Corte, però, ne ridimensiona poi notevolmente le possibili implicazioni, non ritenendo illegittimo quanto disposto dall’art. 4, co. 3, del Codice dei contratti pubblici, e cioè che in nessun caso le Regioni – neppure, dunque, 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*

* In corso di pubblicazione in *Rivista giuridica dell’edilizia*.

¹ Cfr. B. CARAVITA, *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale*, Torino, 2006, 131, per il rilievo che la Corte ha in tal modo ritenuto che nei lavori pubblici sia *“predominante il carattere accessorio e la conseguente strumentalità rispetto ad altre competenze (...)”*.

presente codice in relazione: alla qualificazione e selezione dei concorrenti; alle procedure di affidamento, esclusi i profili di 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; 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”².

A tale conclusione la Corte è potuta giungere riconducendo ciascuno di tali ambiti ad una delle materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, co. 2, Cost.: la “giurisdizione” (cui ha ricondotto il “contenzioso” in materia di appalti); l’“ordinamento civile” (nel quale ha incluso il “subappalto”, la “stipulazione” e l’“esecuzione dei contratti”); la “tutela della concorrenza” (cui ha ricondotto tutti gli altri ambiti ai quali si riferisce l'art. 4, co. 3, del Codice).

Il ragionamento seguito dalla Corte è stato in sostanza il seguente. L'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni è caratterizzata da due fasi: la prima di natura pubblicistica, diretta alla scelta del contraente; la seconda – che ha inizio con la stipulazione del contratto – di natura privatistica, in cui *“l'amministrazione si pone in una posizione di tendenziale parità con la controparte ed agisce non nell'esercizio di poteri amministrativi, bensì nell'esercizio della propria autonomia negoziale”*.

Ebbene, secondo la Corte, in questa seconda fase è da escludere qualsiasi margine di autonomia normativa per le Regioni, poiché – essendo la disciplina dell'ordinamento civile riservata allo Stato - la loro autonomia negoziale deve svolgersi secondo le comuni regole dettate dalla legge statale in materia di rapporti contrattuali.

Viceversa, nella prima fase è da riconoscere, in linea di principio, l'autonomia legislativa delle Regioni (di tipo esclusivo o concorrente, a seconda della materia cui inerisce l'attività contrattuale); ma l'esigenza della “tutela della concorrenza” – che viene qui in rilievo nel suo significato più evidente e tradizionale di garanzia di un assetto effettivamente

² Sul significato di tale disposizione v. A. BARDUSCO, *Art. 4, in Codice dei contratti pubblici*, AA.VV., Milano, 2007, 86 ss.; A. CELOTTO, *Gli appalti pubblici tra competenze statali e competenze regionali. Primi spunti*, in www.giustamm.it; F. CRISCUOLO, *Art. 4, in Codice degli appalti pubblici*, a cura di P. DE LISE-R. GAROFOLI, Roma, 2007, 33 ss.; R. DE NICTOLIS, *Le fonti di disciplina, in I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di R. DE NICTOLIS, Milano, 2007, 37 ss.; G. FARES, *L'assetto delle competenze normative Stato/regioni nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2006, 1141 ss.; L. VARRONE, *Riparto di competenze Stato-Regioni nel codice degli appalti (artt. 4-5)*, in AA.VV., *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, a cura di M. SANINO, Torino, 2006, 43 ss.

concorrenziale del mercato ³ - giustifica l'estensione alle amministrazioni regionali di buona parte delle norme del Codice attinenti al momento della c.d. "evidenza pubblica" (e, comunque, di quelle relative agli aspetti maggiormente rilevanti di tale fase: qualificazione e selezione dei concorrenti; procedure di affidamento; criteri di aggiudicazione).

E, in effetti, per la Corte non è stato difficile sottolineare il collegamento esistente tra le norme del Codice relative a tali aspetti e la tutela della concorrenza.

Si tratta, infatti, di norme intese a dare attuazione a direttive comunitarie, il cui scopo, dunque, è principalmente quello di garantire *"la più ampia apertura"* del *"mercato"* dei lavori, dei servizi e delle forniture pubbliche *"a tutti gli operatori economici del settore"*, in ossequio ai *"valori"* comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi - i quali postulano *"l'adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza"* – la cui osservanza, tra l'altro, *"sul piano interno"* si traduce nella attuazione dei principi di cui all'art. 97 Cost. (imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa).

3. Tra le Regioni ricorrenti, peraltro, vi era chi non contestava tanto la riconducibilità alla "tutela della concorrenza" degli interventi legislativi statali negli ambiti elencati nell'art. 4, co. 3, del Codice, quanto il carattere eccessivamente dettagliato delle norme dettate dal D. lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Ciò ha dato modo alla Corte di puntualizzare quali siano i limiti della competenza legislativa statale relativa alla "tutela della concorrenza": trattandosi – come già sottolineato nella sentenza n. 14/2004 ⁴ - di una competenza concernente non tanto una materia in senso

³ Sulla pluralità dei significati della formula "tutela della concorrenza" di cui all'art. 117, co. 2, lett. e) Cost. v. Corte cost. sent. n. 12/2004: quando la richiamata disposizione costituzionale *"affida alla potestà legislativa esclusiva statale la tutela della concorrenza, non intende certo limitarne la portata ad una sola delle sue declinazioni di significato"*. Sulla competenza legislativa dello Stato in materia di "tutela della concorrenza" v. anzitutto i commenti alla citata decisione in *Giur. cost.*, 2004, 259 ss. di A. PACE, *Gli aiuti di Stato sono forme di "tutela" della concorrenza?*, G.P. DOLSO, *Tutela dell'interesse nazionale sub specie di tutela della concorrenza?*, C. BUZZACCHI, *della concorrenza e aiuti di Stato tra diritto interno e diritto comunitario*; v. inoltre F. PIZZETTI, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma*, in *Le Regioni*, n. 4/2004; L. CASSETTI, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, in *federalismi.it*; L. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 1429 ss.

⁴ Cfr. punto 4 della motivazione in diritto, per il rilievo che la tutela della concorrenza *"non presenta i caratteri di una materia di estensione certa, ma quelli di una funzione esercitabile sui più diversi oggetti"*. Si tratta, dunque, di una delle c.d. materie "trasversali" previste dall'art. 117, co. 2, Cost. (sulle cui caratteristiche v., per tutti, A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologie delle competenze*, in *Quad. cost.*, n. 1/2003, 15 ss.; B. CARAVITA, *Lineamenti*, cit., 147 ss.).

stretto ma (il perseguimento di) un obiettivo, secondo la Corte i limiti agli interventi normativi dello Stato andranno rintracciati nei principi di adeguatezza e proporzionalità⁵.

Da qui la conclusione che per *“individuare gli esatti confini della materia in esame, occorre svolgere un doppio livello di verifica”*.

In primo luogo, è necessario stabilire se l'intervento statale sia *“astrattamente”* riconducibile alla tutela della concorrenza (il che, nel particolare settore degli appalti, secondo la Corte, equivale a chiedersi se la misura statale sia diretta a garantire il rispetto dei principi di non discriminazione e di trasparenza nella scelta del contraente - così da realizzare quella che ha definito la *“concorrenza per il mercato”* - ovvero ad assicurare la *“concorrenza “nel” mercato, attraverso la liberalizzazione dei mercati stessi, che si realizza, tra l'altro, mediante l'eliminazione di diritti speciali o esclusivi concessi alle imprese”*).

In secondo luogo, poi, secondo la Corte, occorre verificare la rispondenza della misura statale (astrattamente giustificata dalla tutela della concorrenza) ai principi di adeguatezza-proporzionalità.

Il che – secondo il significato comunemente dato a tali principi – dovrebbe equivalere a chiedersi: da un lato, se la misura sia in grado di raggiungere la concreta finalità per cui è stata predisposta; dall'altro, se tale finalità non possa essere egualmente raggiunta senza sacrificare le competenze regionali (e cioè senza alcun intervento statale), ovvero sacrificandole in misura minore (con interventi statali meno *“dettagliati”*).

Così, del resto, si spiega come la Corte abbia potuto affermare che *“una volta che sia stata riconosciuta come riconducibile alla materia in questione la normativa statale, la stessa può avere anche un contenuto analitico”*, poiché *“la proporzionalità e l'adeguatezza non si misurano (...) avendo riguardo esclusivamente al livello di dettaglio che connota quella specifica normativa”*; se così fosse – conclude la Corte – *“si verificherebbe una identificazione non consentita tra materie concorrenti e materie trasversali di competenza esclusiva che, invece, ricevono dalla Costituzione una differente disciplina”*.

Quanto affermato dalla Corte potrebbe così parafrasarsi: così come nulla esclude, in linea teorica, che una norma statale di principio finalizzata alla tutela della concorrenza non

⁵ In questo senso, v. già Corte cost. sentt. nn. 274 e 345/2004; nella sentenza n. 12/2004 – in cui, però, veniva in rilievo un profilo della *“tutela della concorrenza”* del tutto diverso da quello oggetto della sentenza in esame (e cioè quello dell'intervento pubblico a sostegno del mercato tramite aiuti alle imprese) – la Corte, invece, aveva affermato che *“l'intervento statale si giustifica (...) per la sua rilevanza macroeconomica”*: solo in quanto, cioè, sia tale da *“incidere sull'equilibrio economico generale”*, dato che *“gli interventi sintonizzati sulla realtà produttiva regionale”*, viceversa, *“appartengono (...) alla competenza legislativa concorrente o residuale delle Regioni”*.

superi il *test* della adeguatezza-proporzionalità, allo stesso modo niente esclude, viceversa, che lo superi una norma statale dal contenuto dettagliato.

Poste queste premesse di ordine generale, nel merito della questione che investiva l'art. 4, co. 3, D. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, la Corte ha puntualizzato che una previsione del genere, per il suo carattere generale, non si presta ad andare oltre il primo livello di verifica sulle modalità di esercizio della competenza legislativa statale finalizzata alla tutela della concorrenza: quello, cioè, diretto a saggiare l'astratta riconducibilità di una norma statale al perseguimento di tale obiettivo.

Viceversa, il secondo livello di verifica – quello cioè che involge i *“giudizi di proporzionalità ed adeguatezza”* – non può che avere per oggetto le *“specifiche disposizioni che disciplinano il settore”*.

E' da notare, però, che una volta passata all'esame delle disposizioni *“specifiche”* del codice, la Corte non ha dato certo prova di particolare rigore nel compiere il *test* di adeguatezza-proporzionalità, come può evincersi da un semplice rilievo: nessuna delle disposizioni ricondotte alla *“tutela della concorrenza”* - per quanto analitica fosse la disciplina da essa recata - è stata ritenuta sproporzionata rispetto all'obiettivo di garantire la concorrenza *“per”* il mercato nel settore degli appalti.

Le sole disposizioni censurate dalla Corte per la loro eccessiva analiticità, infatti, lo sono state sul presupposto che non fossero riconducibili all'esercizio della competenza legislativa statale finalizzata alla tutela della concorrenza; si è trattato dell'art. 84, co. 2, 3, 8 e 9 (concernente la composizione della Commissione giudicatrice nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) e dell'art. 98 (disciplinante gli effetti dell'approvazione dei progetti a fini urbanistici ed espropriativi), rispettivamente ritenuti invasivi di un ambito di legislazione esclusiva delle Regioni (quello relativo alla loro organizzazione amministrativa) e di uno oggetto di legislazione concorrente (*“governo del territorio”*).

4. Una volta ricondotti gli ambiti di cui all'art. 4, co. 3, del codice a materie oggetto di competenza legislativa statale, è stato poi agevole per la Corte respingere, da un lato, le censure mosse contro la medesima disposizione in relazione all'art. 117, co. 5, Cost. (dato che esso riserva alle Regioni il compito di dare attuazione delle norme comunitarie soltanto nelle materie di loro competenza) e, dall'altro, le questioni di costituzionalità sollevate nei confronti dell'art. 5, co. 1, nella parte in cui prevede l'adozione con regolamento statale della

“disciplina esecutiva e attuativa del presente codice”, anche in relazione ai contratti delle amministrazioni regionali (ma soltanto “limitatamente agli aspetti di cui all’art. 4, comma 3”).

Sotto questo profilo la Corte - dopo avere ricordato che l’art. 117, co. 6, Cost. attribuisce allo Stato l’esercizio della potestà regolamentare nelle medesime materie in cui esso è titolare di competenze legislative di tipo esclusivo - ha poi potuto pianamente concludere che l’art. 5, co. 1, del codice, *“stabilendo che il regolamento di attuazione ed esecuzione del Codice vincola le Regioni soltanto in presenza di ambiti materiali rientranti nella sfera di potestà esclusiva statale ai sensi dell’art. 4, comma 3, dello stesso Codice”*, costituisce una *“corretta applicazione”* del criterio di riparto della potestà normativa secondaria stabilito dalla suddetta disposizione costituzionale.

E ciò – ha puntualizzato la Corte - *“vale anche quando viene in rilievo la materia trasversale della tutela della concorrenza. Una volta, infatti, che si ritenga che l’intervento del legislatore statale sia riconducibile alle esigenze della suindicata tutela, allo stesso legislatore spetta il potere di dettare la relativa regolamentazione del settore anche con norme di dettaglio poste da disposizioni regolamentari; ciò sempre che tale complessiva disciplina superi positivamente, in relazione alle specifiche disposizioni che di volta in volta vengono in rilievo, il vaglio di costituzionalità in ordine al rispetto dei criteri di adeguatezza e proporzionalità”*⁶.

Secondo il giudice costituzionale, dunque, quando in nome della “tutela della concorrenza” lo Stato detta norme di dettaglio valide anche nei confronti delle procedure di appalto gestite dalle amministrazioni regionali, è indifferente che ciò avvenga con legge o con regolamento: l’importante è solo che l’intervento sia giustificato dai principi di proporzionalità-adequatezza.

Come poi ciò possa conciliarsi con l’ulteriore affermazione della Corte secondo cui in tal modo non si avrebbe *“alcun condizionamento di fonti primarie regionali da parte di fonti secondarie statali”*, invero, desta perplessità: l’inevitabile intreccio che finisce per crearsi tra norme regionali e norme statali dettate nell’esercizio di competenze “trasversali” (come quella della concorrenza) rende, infatti, poco credibile l’idea che le prime – nel disciplinare i profili di loro competenza – non risultino condizionate dalle seconde.

E’ da notare, poi, che la Corte ha escluso l’illegittimità dell’art. 5 del Codice anche sotto un ulteriore profilo: per non avere previsto alcuna forma di partecipazione delle Regioni nel procedimento di adozione del regolamento statale di attuazione.

⁶ Nel senso che l’art. 117, co. 6, Cost. consenta allo Stato l’esercizio della potestà regolamentare in materia di “tutela della concorrenza”, v. già Corte cost. sent. n. 14/2004.

Secondo il giudice costituzionale, infatti, *“il rispetto delle regole collaborative può essere imposto a livello costituzionale nei soli casi in cui si verifichi un forte intreccio con competenze regionali che richieda l’adozione di modalità concordate o comunque di meccanismi che garantiscano il coinvolgimento dei livelli di governo interessati”*; il che non si verificherebbe nel caso di esercizio di competenze legislative dello Stato di carattere trasversale.

In tal modo, in pratica, la Corte ha escluso che quanto vale nel caso di esercizio da parte dello Stato di competenze normative “assunte in sussidiarietà” - secondo il meccanismo delineato a partire dalla ben nota sentenza n. 303/2003 ⁷ - valga pure nella diversa ipotesi dell’esercizio di competenze legislative statali trasversali.

La vera ragione di tale diversità di trattamento, però, non sembra affatto quella addotta dalla Corte (in entrambe le ipotesi, infatti, ricorre senz’altro un forte intreccio tra competenze statali e competenze regionali) bensì un’altra: le competenze legislative “trasversali” (per quanto finiscano con l’intrecciarsi con quelle regionali) sono comunque formalmente e specificamente attribuite allo Stato dalla Costituzione, a differenza di quelle assunte in virtù del principio di sussidiarietà (il quale, in definitiva, nell’interpretazione della Corte, finisce per consentire allo Stato l’esercizio di competenze normative che, secondo il riparto di cui all’art. 117 Cost., spetterebbero alle Regioni).

Da qui l’esigenza solo in questa seconda ipotesi di “compensare” le Regioni dello spostamento di competenze in loro danno attraverso l’imposizione allo Stato di regole collaborative.

5. Infine è da segnalare che la Corte ha pure respinto le censure che erano state sollevate nei confronti dell’art. 4, co. 2, del Codice, il quale stabilisce che relativamente alle materie di competenza concorrente le Regioni sono tenute al rispetto dei principi fondamentali desumibili dalle norme dettate dal Codice medesimo, in particolare, in materia

⁷ Cfr. ad es. Corte cost. sent. n. 6/2004: *“perchè nelle materie di cui all’art. 117, commi 3 e 4, Cost., una legge statale possa legittimamente attribuire funzioni amministrative a livello centrale ed al tempo stesso regolarne l’esercizio, è necessario”*, tra l’altro, che sia *“adottata a seguito di procedure che assicurino la partecipazione dei livelli di governo coinvolti attraverso strumenti di leale collaborazione o, comunque, deve prevedere adeguati meccanismi di cooperazione per l’esercizio concreto delle funzioni amministrative allocate in capo agli organi centrali”*. Sull’assunzione di competenze legislative da parte dello Stato in base al principio di sussidiarietà di cui all’art. 118 Cost. v. i commenti a Corte cost. sent. n. 303/2003 in *Giur cost.*, 2003, 2776 ss. di A. D’ATENA, *L’allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, A. ANZON, *Flessibilità dell’ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni, Sussidiarietà e Supremacy Clause davvero perfettamente equivalenti?*, A. GENTILINI, *Dalla sussidiarietà amministrativa alla sussidiarietà legislativa a cavallo del principio di legalità*.

di “programmazione dei lavori”, “approvazione di progetti a fini urbanistici ed espropriativi”, “organizzazione amministrativa”, “compiti e requisiti del responsabile del procedimento”.

A questo proposito è da dire che la Corte, anzitutto, ha puntualizzato che tale articolo *“contiene, in realtà, due norme: la prima fa generico riferimento alla potestà legislativa statale di determinazione dei principi fondamentali nelle materie disciplinate dal Codice; la seconda fa riferimento, “in particolare”, ad una serie di settori specifici individuati con riguardo a rilevanti aspetti dell’attività volta alla realizzazione di opere pubbliche”*; dopo di che ha affermato che la prima delle due norme – *“per il suo contenuto generale”* – non può essere ritenuta illegittima, essendo incontestabile che spetti allo Stato la fissazione dei principi fondamentali nelle materie di competenza concorrente, e che, pertanto, è solo con riferimento *“alle singole disposizioni contenute nel Codice che, di volta in volta, può venire in rilievo un problema di superamento dei limiti delle competenze statali nella determinazione dei principi fondamentali destinati a regolare ciascuna di dette materie”*.

Del pari respinte sono state pure le censure proposte nei confronti della seconda parte dell’art. 4, co. 2, del Codice, ma talune di esse soltanto in virtù di un’importante precisazione sul modo in cui devono essere interpretate le “porzioni” della disposizione cui si riferivano.

La Corte, infatti, ha affermato – per quanto riguarda la programmazione dei lavori, l’organizzazione amministrativa, i compiti e i requisiti del responsabile del procedimento – che in tanto le Regioni possono ritenersi vincolate ai principi fondamentali desumibili dal Codice relativamente a tali materie, in quanto le opere da realizzare *“esulino sia dalla competenza esclusiva dello Stato, sia da quella residuale delle Regioni, per rientrare, invece, in una delle materie di competenza concorrente individuate dal terzo comma dell’art. 117 Cost.”*.

Tale puntualizzazione è un corollario dell’idea, chiaramente affermata dalla sentenza in esame, secondo cui – ai fini del riparto delle competenze normative tra lo Stato e le Regioni - l’attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni non costituisce una materia a sé, dovendosi piuttosto considerare un aspetto di quella su cui si interviene stipulando i contratti.

Da qui la conclusione che soltanto quando le opere pubbliche da realizzare attengano a materia di competenza concorrente (e non esclusiva) delle Regioni, quest’ultime possano ritenersi vincolate ai principi fondamentali del Codice in materia di programmazione dei lavori, organizzazione amministrativa, compiti e requisiti del responsabile del procedimento.