

**La “tutela della concorrenza”: da “valore-materia” a “materia-valore”.  
La Corte conferma il riparto Stato-Regioni operato dal codice De Lise**

(nota a margine di Corte Costituzionale 27 novembre 2007, n.401)

di Alessandro Venturi

(in corso di pubblicazione in “*le Regioni*”, 2008)

1. Il problema di come ripartire tra Stato e Regioni le funzioni legislative che hanno ad oggetto l'attività contrattuale della pubblica amministrazione è uno dei temi centrali per la riorganizzazione di una struttura amministrativa articolata su diversi livelli decisionali e gestionali. Tale centralità è ben documentata dall'ampio dibattito in merito che ha preceduto l'adozione del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n.163)<sup>1</sup>, dibattito che ha avuto ad oggetto non solo i contenuti del riparto stesso ma anche – e soprattutto – il metodo che si sarebbe dovuto adottare per procedere alle scelte sostanziali. Consapevoli di essere sulla soglia di una zona grigia<sup>2</sup>, i redattori del codice avevano infatti in un primo tempo configurato una soluzione, quella della clausola generale, che avrebbe rimesso alla Corte Costituzionale l'onere di attribuire di volta in volta la specifica funzione ora allo Stato ora alle regioni e ciò a tutto discapito della certezza degli operatori del mercato dei contratti pubblici<sup>3</sup>. L'opzione per la norma in bianco fu però censurata dal parere preventivo del Consiglio di Stato<sup>4</sup> che ha invece conferito al governo il compito di redigere un elenco di materie e di individuare la relativa competenza<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Ricostruisce diffusamente il dibattito R. DE NICTOLIS, *Il contenzioso Stato-Regioni sul codice appalti davanti alla Corte Costituzionale*, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

<sup>2</sup> Sull'incertezza che domina il riparto di competenze legislative delineato dall'art.117 della Costituzione v. di recente e in chiave evolutiva F. BENELLI, *I criteri di allocazione delle competenze nella giurisprudenza costituzionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Ist. del Federalismo*, 2008, 11 ss. La difficoltà di individuare i criteri di riparto delle funzioni a partire dal semplice dato testuale è rilevata da F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico “esplosivo”*, in questa Rivista, 2001, 1191 ss. ove acutamente sottolinea come “siamo di fronte a una riforma che per essere pienamente attuata, richiede non solo uno sforzo certamente inusuale di interpretazione e di sistematizzazione, ma anche uno sforzo non meno rilevante di completamento e di implementazione”

<sup>3</sup> Su cui v. di recente L. GIAMPAOLINO, *Il mercato dei contratti pubblici*, in <http://www.giustamm.it>, pubblicato il 10 marzo 2008.

<sup>4</sup> V. Consiglio di Stato, Adunanza Generale del 17 gennaio 2006, n.355, spec. il §3, consultabile in <http://www.giustizia-amministrativa.it>. E'interessante notare che anche in sede di schema di decreto correttivo il Consiglio di Stato, v. Adunanza del 28 settembre 2006, aveva suggerito di non modificare, come richiesto dalla Conferenza unificata, gli artt.4 e 5 del codice nelle more del pronunciamento della Corte Costituzionale.

<sup>5</sup> Su cui v. anche L. GIAMPAOLINO, *Il nuovo codice degli appalti: rischi ed opportunità*, intervento al master in e-procurement organizzato dalle Facoltà di Economia, Giurisprudenza ed Ingegneria dell'Università di Tor Vergata di Roma, 31 marzo, 2006, in <http://www.giustamm.it>

Facendo proprio tale suggerimento il legislatore delegato ha dettato all'art.4 del d.lgs.163/2006<sup>6</sup> un elenco di sub-materie rientranti rispettivamente nella competenza regionale concorrente<sup>7</sup> e in quella statale esclusiva<sup>8</sup>. Su tale norma, e su altre ad essa direttamente o indirettamente collegate, diverse regioni hanno sollevato questioni di legittimità costituzionale.

Con la pronuncia che qui si annota, la n.401/2007<sup>9</sup>, destinata a segnare la storia della giurisprudenza costituzionale sul Titolo V parte II della Costituzione<sup>10</sup>, la Corte Costituzionale ha sostanzialmente convalidato l'impostazione generale seguita dalla Commissione De Lise<sup>11</sup> nel riparto di competenze delle sub-materie di cui all'art.4 commi 2 e 3. Essa si segnala in

---

<sup>6</sup> Per un'indagine sistematica sulle fonti statali e regionali di disciplina dei contratti pubblici v. da ultimo F. CINTIOLI, *Le fonti interne di disciplina (leggi, regolamenti, capitolati)*, in M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano 2008, spec. 109 ss. Sull'art.4 del d.lgs.163/2006 v. i commenti di 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 <http://www.giustamm.it>; F. CRISCUOLO, *Art.4*, in (a cura di) P. DE LISE, R. GAROFOLI, *Codice degli appalti pubblici*, Roma 2007, 33 ss.; R. DE NICTOLIS, *Le fonti di disciplina*, in (a cura di) R. DE NICTOLIS *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, 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; G. GIOVANNELLI, L. MASI, *Il Codice di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Principi e disposizioni comuni*, *ivi*, 2006, 752; L. VARRONE, *Riparto di competenze Stato-Regioni nel codice degli appalti (artt.4-5)*, in (a cura di) M. SANINO, *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, , Torino, 2006, 43 ss.; V. LOPILATO, *"Norme sulla competenza" e "norme sussidiarie": notazione a margine dello schema di decreto sul "Codice degli appalti"*, in <http://www.giustamm.it>, 2006, n.5; L. QUINZI, *Il codice degli appalti pubblici: prime questioni*, in *Nuova Rass.*, 2006, 1457 ss.

<sup>7</sup> Così il comma 2 dell'art. 4: *"Relativamente alle materie oggetto di competenza concorrente, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano esercitano la potestà normativa nel rispetto dei principi fondamentali contenuti nelle norme del presente codice, 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"*.

<sup>8</sup> Così il comma 3 dell'art.4: *"Le regioni, nel rispetto dell'articolo 117, comma secondo, della Costituzione, non possono prevedere una disciplina diversa da quella del 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. Resta ferma la competenza esclusiva dello Stato a disciplinare i contratti relativi alla tutela dei beni culturali, i contratti nel settore della difesa, i contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza relativi a lavori, servizi, forniture."*

<sup>9</sup> Su cui v. i commenti di R. DE NICTOLIS, *La Corte Costituzionale si pronuncia sul codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in *Urb. e app.* 2008, 5 ss.; F. CINTIOLI, *op. cit.*, 138; A. CELOTTO, *La "legge di Kirschmann" non si applica al codice degli appalti. (in margine alla sent. n. 401 del 2007 della Corte costituzionale)*, in <http://www.giustamm.it>, pubblicato il 27 novembre 2007; F. GHERA, *Il riparto di competenze tra stato e regioni in materia di appalti pubblici*, in <http://www.federalismi.it>, 2/2008.

ragione della rilettura della materia “tutela della concorrenza”<sup>12</sup> materia che era stata fino ad ora intesa quale valore da perseguire<sup>13</sup> anche tramite norme di dettaglio nel rispetto dei principi di ragionevolezza (adeguatezza) e di proporzionalità<sup>14</sup>. Di notevole interesse è altresì l’ampliamento a tutta l’attività contrattuale della pubblica amministrazione<sup>15</sup> del principio già espresso, con riguardo ai lavori pubblici, nella sentenza 303/2003<sup>16</sup> secondo cui *“la mancata inclusione dei lavori pubblici nell’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*

---

<sup>10</sup> Sulla scia della sentenza 1° ottobre 2003, n.303, in questa Rivista, 2004, 535, con note di S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale* e L. VIOLINI, *I confini della sussidiarietà: potestà legislativa “concorrente”, leale collaborazione e strict scrutiny*.

<sup>11</sup> In dottrina non sono mancate posizioni critiche tra cui v. L. A. MAZZAROLLI, *Il concetto di materie nell’art.117, Titolo V, Cost. Se i lavori pubblici e gli appalti pubblici si prestino a esservi riportati e come si attui, per essi, il riapporto di competenze tra enti*, in questa Rivista 2007, 473 e A. AMBROSI, *L’applicazione del nuovo Codice dei contratti pubblici tra legge regionale e disposizioni comunitarie*, ivi, 515 ss.

<sup>12</sup> Sulla pluralità dei significati che assume la formula “tutela della concorrenza” v. la sentenza 13 gennaio 2004, n.14, in *Giur. Cost.* 2004, 259 ss. con note critiche 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*, R. CARANTA, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del titolo V della Costituzione*, in questa Rivista 2004, 990; F. PIZZETTI, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma? Osservazione a Corte cost. sent. n.14 del 2004*, ivi, 1114. Netta invece la posizione di M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. Cost.* 2005, 1435 il quale si esprime per la *“sottrazione alle regioni e agli enti locali di qualsiasi potere (normativo od amministrativo) di intervento positivo in materia di concorrenza, ancorché con finalità integrative o rafforzative degli standard di intervento determinati dalla normativa statale”*. Sul reciproco limite che impone la tutela della concorrenza alla legislazione statale e a quella regionale v. G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 981, secondo il quale, spec. 985, anche il legislatore statale *“dovrà trattare la concorrenza non come un fatto da regolare, ma come un valore o un bene o un fine da promuovere”*.

<sup>13</sup> Secondo la fortunata formula *“materie non materie”* coniata da A. D’ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quad. Cost.* 2003, 21, ovvero di *“competenza trasversale”* secondo l’espressione di G. FALCON, *Il nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in questa Rivista 2001, 5.

<sup>14</sup> V. anche le successive pronunce 14 dicembre 2007, n.340 in materia di organizzazione del servizio farmaceutico in base alla quale la disciplina dettata dal legislatore statale in materia di tutela della concorrenza può bene essere integrale e dettagliata ed incide legittimamente sulla totalità degli ambiti materiali in cui trova specifica applicazione senza arrecare alcun sacrificio irragionevole e sproporzionato alle prerogative regionali, e 17 dicembre 2007, n.431 su cui v. i rilievi di G. FARES, *Appalti pubblici e misure pro-concorrenziali: ancora da decifrare gli spazi per l’intervento normativo delle regioni*, in <http://www.giurcost.it>.

<sup>15</sup> R. DE NICTOLIS, *La Corte costituzionale*, cit., 17, fa notare come questa fosse *“un’esigenza teorica e pratica fortemente avvertita”*, cui la sentenza 401/2003 risponde con una chiarezza non comune anche per il fatto di averlo esteso *“all’intera attività contrattuale della p.a. Sicchè le statuizioni della Corte hanno vis espansiva che va oltre il codice n.163/2006, riguardando anche i cd. contratti attivi”* (ovvero quelli in cui sono previste entrate per la p.a.).

qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono"<sup>17</sup>; tale ampliamento viene compiuto in nome del fatto che le modalità di stipula dei contratti pubblici rappresentano "un'attività che inerisce alle singole materie sulle quali essa si esplica" talchè "i problemi di costituzionalità sollevati dalle ricorrenti dovranno essere esaminati in rapporto al contenuto precettivo delle singole disposizioni impugnate, al fine di stabilire quali siano gli ambiti materiali in cui esse trovano collocazione"<sup>18</sup>.

Sulla base di questi presupposti la Corte supera una concezione del riparto di competenze in materia basata sul cd. criterio soggettivo<sup>19</sup>, retaggio del vecchio riparto operato dall'art.117 Cost. in base al quale si soleva distinguere, nell'ambito delle procedure di gara, quelle indette da amministrazioni statali e quelle poste in essere da amministrazioni regionali o sub-regionali, ovvero dell'interesse nazionale o regionale dei contratti stessi o ancora in base al criterio della soglia di valore degli appalti.

<sup>16</sup> Critiche le osservazioni di A. ANZON, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*, in *Giur. Cost.*, 2003, pag. 2782 ss., sulla qualificazione – non motivata secondo l'A. - operata dalla sentenza 303/2003 dei lavori pubblici quale ambito di legislazione e non quale materia. L'A. si interroga sul "perché un settore sempre tradizionalmente considerato una "materia", che continua ad esserlo sugli Statuti speciali, con la riforma costituzionale si possa automaticamente dissolvere come tale", [...] "tanto più se si considera che nella stessa sentenza 303 del 2003 il riferimento alla tradizione legislativa è invece utilizzato per individuare un altro settore particolare, quello dell'edilizia e per ricondurlo alla materia dell'urbanistica e per questa via a quella odierna del "governo del territorio".

<sup>17</sup> V. B. CARAVITA DI TORITTO, *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale*, Torino 2006, secondo il quale, spec.131, la Corte ha ritenuto che nei lavori pubblici sia "predominante il carattere accessorio e la conseguente strumentalità rispetto"

<sup>18</sup> Così Corte Cost. 23 novembre 2007, n. 401, p. to 3 del considerato in diritto.

<sup>19</sup> Su cui v. anche Corte Cost. n.482/1995, in questa *Rivista*, 1996, 373, con nota di G. MORBIDELLI, *Esiste ancora la materia "lavori pubblici di interesse regionale"? Ovvero, dal regionalismo cooperativo al regionalismo "vigilato"*. Per la letteratura sul tema precedente la riforma del titolo V della Cost. v.: G. F. FERRARI, *La definizione della materia "lavori pubblici di interesse regionale" nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in questa *Rivista*, 1984, 515; G. SCIULLO, *Principi del procedimento amministrativo e lavori pubblici*, in *Dir. reg.*, 1994, 105; S. NICODEMO, *I lavori pubblici tra legislazione statale e regionale*, *Riv. trim. app.* 1995, 113; P. STELLA RICHTER, *Sulla nozione di lavori pubblici di interesse regionale*, in *Dir. amm.* 1997, 15. Sull'impatto che ha avuto la riforma del titolo V sui lavori pubblici v. A. CARULLO, *L'accrescimento della competenza legislativa della regione in materia di lavori pubblici dopo la riforma del titolo quinto della costituzione*, in *Riv. trim. app.* 2002, 623; F. CINTIOLI, *I lavori pubblici e la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Urb. e app.* 2002, 506; P. DE LISE, *Lavori pubblici e competenze regionali*, in *Arch. Giur. Oo. Pp.* 2002, 1021; P. STELLA RICHTER, *I lavori pubblici dopo la riforma del titolo quinto della costituzione: competenza dello stato e competenza delle regioni*, in *Giust. Civ.* 2002, II, 411; A. CELOTTO, G. BERGONZINI, *Lavori pubblici, legge regionale e principi della legislazione statale (dopo la l. cost. n. 3/2001)*, in *Riv. giur. urb.* 2004, 146; G. MORBIDELLI, *La localizzazione e la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici tra Stato e Regioni*, in *Atti del convegno sul Titolo V della Costituzione ed opere pubbliche (in ricordo di Vincenzo Caianiello)*, Bologna, SPISA, 18 ottobre 2002; A. CLARIZIA, *Problemi generali in tema di lavori pubblici tra legislazione statale regionale*, in *App. urb. ed.* 2004, 5; R. GRACILI, L. MELE, *Competenze e attribuzioni in materia di lavori pubblici (stato, regioni, enti locali) dopo le modifiche del titolo quinto della costituzione e la più recente giurisprudenza della corte costituzionale*, in *Foro amm.-TAR* 2004, 277.

Il commento che segue prende le mosse dal dibattito dottrinale sul tema della titolarità della competenza a legiferare in materia di pubblici appalti ripercorrendone le diverse concezioni per approdare, in sostanziale adesione alle tesi ora espresse dalla Corte, alla individuazione della struttura bifasica dei contratti pubblici come elemento fondante la competenza statale esclusiva in materia di tutela della concorrenza ed ordinamento civile.

2. Il dibattito sul riparto di competenze tra Stato e regioni in tema di lavori pubblici prima della riforma del 2001 faceva perno sulla nozione costituzionale di "*lavori pubblici di interesse regionale*", materia attribuita dal vecchio art.117 alla competenza concorrente di Stato e regioni<sup>20</sup>. Il concetto di lavori di interesse regionale poteva essere concretizzato sia tramite il criterio soggettivo - secondo cui gli spazi di autonomia per la legislazione regionale riguardavano la disciplina di dettaglio per quelle opere che fossero soggettivamente regionali o infra-regionali in virtù del finanziamento dell'opera, dell'origine del committente ovvero della destinazione della stessa<sup>21</sup> - sia tramite il criterio c.d. oggettivo, secondo cui per sostanziare la nozione di lavori pubblici di interesse regionale si faceva riferimento all'ambito territoriale (regionale) nel quale essi venivano eseguiti a prescindere dal committente o dal soggetto finanziatore<sup>22</sup>.

Dall'analisi della legislazione regionale emanata in vigenza del vecchio regime costituzionale emerge come la maggior parte delle regioni<sup>23</sup> avessero ibridato i due criteri configurando il criterio c.d. misto, in base al quale sono da intendere di interesse regionale tutti i lavori che si eseguono sul territorio di una regione a prescindere dal soggetto finanziatore, fatti salvi quelli di esclusiva competenza dello Stato.

Il riparto di competenze suggerito dal Consiglio di Stato in sede consultiva, e sostanzialmente accolto dalla commissione De Lise, poggia, sebbene implicitamente, sul c.d. criterio misto<sup>24</sup>. E, in particolare, appurata la competenza statale in via esclusiva per i contratti stipulati da amministrazioni o

---

<sup>20</sup> Giova ricordare che l'art.1 della l.109/1994 (legge Merloni) nel delineare il riparto di competenze tra stato e regioni, imponeva tra l'altro alle regioni il rispetto di tutte le norme contenute nella legge quadro e non solo dei principi da essa desumibili, con evidente compressione degli spazi di autonomia del legislatore regionale, senonchè a fronte del ricorso proposto da talune regioni la Corte Costituzionale con la sentenza 7 novembre 1995, n.485 ebbe a dichiarare l'incostituzionalità della predetta norma.

<sup>21</sup> Il medesimo problema si era posto all'indomani dell'approvazione del regolamento di attuazione della Legge Merloni, d.p.r. 21 dicembre 1999, n.554; sui rilievi operati dalla Corte dei Conti v. M. L. MADDALENA, *Potestà regolamentare*, in (a cura di) F. CARINGELLA, G. DE MARZO, *L'attuazione della legge quadro sui lavori pubblici*, Milano 2000, 9; ripercorre compiutamente il dibattito F. CINTIOLI, *Le fonti interne di disciplina*, cit., 116.

<sup>22</sup> Sostanziano tale criterio, almeno formalmente, la l.r. Sicilia, 2 agosto 2002, n.7 e la l.r. Friuli Venezia Giulia, 31 maggio 2002, n.14 per le quali tuttavia la competenza legislativa deriva direttamente dai rispettivi Statuti.

<sup>23</sup> V., ad esempio, ll.rr. Marche, 18 aprile 1979, n. 17; Piemonte, 21 marzo 1984, n. 18; Puglia, 11 maggio 2001, n.13; Veneto, 7 novembre 2003, n. 12.

<sup>24</sup> V. F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, 119

enti statali, ciò che restava da individuare era l'ambito della competenza statale in relazione ad alcune materie nominate dall'art.117, comma 2 della Costituzione. Il raggiungimento del delicato punto di equilibrio stava, a parere del Consiglio di Stato<sup>25</sup>, nell'evitare che una materia come la tutela della concorrenza, per il suo carattere di trasversalità, esaurisse tutto l'ambito di intervento regionale; basti ricordare, ad esempio, che accanto ai profili strettamente concorrenziali della disciplina dei contratti pubblici vi sono profili non marginali, anch'essi non identificabili quali materie, attinenti agli aspetti organizzativi, procedurali ed economici, così come vi sono aspetti e caratteri riconducibili alla progettazione, direzione lavori, collaudo, compiti e funzioni del responsabile del procedimento etc... in cui si sarebbe potuto individuare un margine che consente al legislatore regionale di esprimersi liberamente.

Vi sono, per altro verso, aspetti, che costituiscono l'asse portante del codice, direttamente riconducibili alla materia tutela della concorrenza quali i criteri di qualificazione e selezione dei concorrenti, le procedure di gara, i criteri di aggiudicazione, il subappalto, la vigilanza sul mercato degli appalti affidata all'omonima Autorità, in cui la disciplina statale gioca un ruolo preponderante e rispetto ai quali occorre verificare in concreto quali margini residuino per un intervento normativo regionale.

Già a partire da questi dati è possibile intuire la portata sistemica della pronuncia in commento che, confermando l'impostazione di fondo del riparto Stato-Regioni compiuto dal codice De Lise negli artt. 4 e 5, compone il dissidio, seppure non in via del tutto definitiva<sup>26</sup>, sulle reciproche potestà a disciplinare non solo i lavori, ma tutti i contratti della pubblica amministrazione.

3. Chiarito che i contratti pubblici non configurano una vera e propria materia, ma vanno ascritti alle singole materie di competenza esclusiva statale o regionale ovvero concorrente statale-regionale, superato il criterio soggettivo dell'opera legato alla vecchia materia "*lavori pubblici di interesse regionale*" e accertata la competenza esclusiva dello Stato per tutti i contratti relativi ad

---

<sup>25</sup> V. Adunanza del 6 febbraio 2006, n.355, in particolare il par.3.

<sup>26</sup> Come rilevato dai primi commentatori tra cui v. R. DE NICTOLIS, *La Corte Costituzionale ...*, cit., 17 restano aperti alcuni interrogativi di fondo almeno sotto tre profili: il primo relativo agli spazi di competenza delle Regioni a Statuto speciale e delle Province autonome; il secondo sull'uso che farà la Corte dei canoni di ragionevolezza/adeguatezza e proporzionalità, quali parametri di sindacato dei limiti interni alla materia tutela della concorrenza; il terzo sul tipo di contenzioso sull'attività contrattuale della p.a. destinato a pervenire nuovamente al vaglio della Corte Costituzionale.

amministrazioni ed enti statali, occorre definire esattamente, seguendo l'articolato e condivisibile ragionamento compiuto dalla Consulta, il titolo di legittimazione statale in materia di contratti pubblici.

In linea teorica tale titolo poteva fondarsi su almeno tre fondamenti<sup>27</sup>.

Innanzitutto, la giurisprudenza costituzionale a partire dal 2001 aveva individuato in talune materie di esclusiva competenza statale caratteri di trasversalità capaci di incidere su altre materie di competenza legislativa concorrente o esclusiva regionale<sup>28</sup>. In tali materie, quali ad esempio la determinazione dei livelli essenziali<sup>29</sup>, la tutela della concorrenza, l'ambiente<sup>30</sup>, il legislatore statale nell'esercizio della propria competenza è tenuto a rispettare quei limiti di proporzionalità e adeguatezza<sup>31</sup> necessari per evitare una compressione delle prerogative regionali. Per altro verso, altre materie, quali l'ordinamento civile<sup>32</sup>, la giurisdizione e le norme processuali, avrebbero pacificamente consentito allo Stato di configurare norme di dettaglio per quanto riguarda per esempio la disciplina della stipula e dell'esecuzione del contratto, l'arbitrato etc...Un ulteriore appiglio per fondare la competenza statale poteva fondarsi sulla definizione dei principi fondamentali nelle materie di competenza concorrente<sup>33</sup>, quali ad esempio "trasporti", "porti e aeroporti", "comunicazioni"

<sup>27</sup> V. Corte costituzionale 19 luglio 2005, n.285, in base alla quale il legislatore statale è competente "in parte come soggetto legittimato a determinare i principi fondamentali ai sensi dell'art.117, comma 3 della Cost.; in parte come soggetto titolare di poteri legislativi esclusivi, ai sensi dell'art.117, comma 2; in parte come soggetto chiamato a disciplinare legislativamente l'ambito nel quale opera la chiamata in sussidiarietà, ai sensi dell'art.118, comma 1 Cost."

<sup>28</sup> Al riguardo osserva G. FALCON, *Regolamenti statali e leggi regionali. Riflessioni a margine della sentenza della Corte Costituzionale 376/2002*, in *Le Istituzioni del Federalismo* 2003, spec.23 che "non poche delle clausole di competenza statale ai sensi dell'art.117, comma 2, sono in realtà finestre aperte sulle materie di competenza regionale: non occorre neppure ricordare, ad esempio, le "materie" della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, della concorrenza, dell'ambiente", *Id*, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione*, in questa *Rivista* 2001, 1251

<sup>29</sup> V. da ultimo Corte cost. 16 marzo 2007 con nota di A. ROVAGNATI, *Dalla Consulta nuove indicazioni sul concorso di competenze dello Stato, delle Regioni a Statuto speciale e delle Province autonome di Trento e Bolzano? Brevi considerazioni a margine della sent. n. 80 del 2007*, in questa *Rivista* 2007, 805; *Id*, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto alla salute: un primo esempio di attuazione della previsione di cui alla lett. m comma 2 art. 117 della Costituzione*, in questa *Rivista* 2003, 1141 ss.

<sup>30</sup> Su cui v. Corte costituzionale 27 febbraio 2005, n.336; 407/2002; 307 e 222 del 2003 con nota di F. BENELLI, *L'Ambiente tra "smaterializzazione" della materia e sussidiarietà legislativa*, in questa *Rivista*, 2003, 259/2004; 135/2005. In dottrina v. M. CECCHETTI, *Legislazione Statale e legislazione regionale per la tutela dell'ambiente: niente di nuovo dopo la riforma del Titolo V*, in questa *Rivista* 2003, 320 ss. *Id*, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano 2000, 6ss.

<sup>31</sup> V. in particolare Corte Cost.175/2005 e 272/2004.

<sup>32</sup> Su cui v. E. LAMARQUE, *Osservazioni preliminari sulla materia ordinamento civile di esclusiva competenza statale*, in questa *Rivista* 2001, 1353.

<sup>33</sup> Critiche le osservazioni della dottrina sul mantenimento della competenza concorrente all'italiana, imperniata sul binomio principio/dettaglio, su cui v. P. CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione: aspetti problematici*, in questa *Rivista*, 2001, 1223, e spec. 1224.

etc..., per soddisfare esigenze di carattere unitario e tutelare valori fondamentali non frazionabili<sup>34</sup>. In altri termini, pur in assenza di una clausola generale di competenza statale, la Corte si era già espressa a favore della salvaguardia di quei valori non altrimenti salvaguardabili se affidati alla competenza dei legislatori regionali<sup>35</sup>. Per esempio, proprio in riferimento ai contratti sotto-soglia di rilevanza comunitaria, era stata riconosciuta la legittima applicabilità alle Regioni di quei principi desumibili dalla normativa nazionale di recepimento delle direttive comunitarie per la parte in cui impongono la gara, fissano l'ambito oggettivo e soggettivo di tale obbligo, limitano il ricorso alla trattativa privata e collegano alla violazione dell'obbligo sanzioni civili e forme di responsabilità<sup>36</sup>.

Da ultimo restava aperta la via del c.d. principio di sussidiarietà dinamica. Elaborato dalla storica sentenza 303/2003<sup>37</sup> e confermato dalla successiva giurisprudenza costituzionale<sup>38</sup>, esso ha introdotto notevoli margini di flessibilità nel riparto operato dall'art.117, legittimando un'azione diretta dello Stato per tutti quei procedimenti amministrativi che coinvolgessero interessi ultraregionali. Con tale pronuncia la Corte *"ha istituito un vaso comunicante tra la norma costituzionale sulle competenze amministrative e quella sulle competenze legislative e regolamentari ed ha lasciato filtrare una regola elastica la quale ha fondato dal punto di vista soggettivo una nuova tipologia di legge statale"*<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> Osserva L. VIOLINI, *I confini della sussidiarietà...*, cit., che la distinzione tra principio e dettaglio è da sempre una fragilissima barriera all'invasione delle competenze regionali, e con specifico riferimento alla pronuncia 303/2003 rileva come alla predetta distinzione sia da attribuire uno scarso peso costituzionale, confinata come pare all'ambito della discrezionalità del legislatore, *"così in pratica snaturando la sostanza stessa delle dinamiche della competenza concorrente tradizionalmente intesa per farla trasmigrare nell'ambito della konkurrierende Gesetzgebung di matrice germanica o della competenza concorrente così come viene intesa nell'ordinamento europeo"*.

<sup>35</sup> Cfr. Corte costituzionale 19 dicembre 2003, n. 361 "[...] stante la loro finalità di protezione di un bene, quale la salute della persona,[...] su tutto il territorio della Repubblica: bene che per sua natura non si presterebbe a essere protetto diversamente alla stregua di valutazioni differenziate, rimesse alla discrezionalità dei legislatori regionali. La natura di principi fondamentali delle norme in questione si comprende non appena si consideri l'impossibilità di concepire ragioni per le quali, una volta assunta la nocività per la salute dell'esposizione al fumo passivo, la rilevanza come illecito dell'attività del fumatore attivo possa variare da un luogo a un altro del territorio nazionale".

<sup>36</sup> V. Corte costituzionale 15 novembre 2004, n. 345, con nota di A. CONCARO, I. PELLIZZONE, *Tutela della concorrenza e definizione delle materie trasversali: alcune note a margine della sent. n. 345 del 2004 della Corte costituzionale*, in questa Rivista 2005, 434.

<sup>37</sup> In dottrina già R. BIN, *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in questa Rivista 2002, 365, v. anche O. CHESSA, *La sussidiarietà verticale nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in G. VOLPE (a cura di), *Alla ricerca dell'Italia federale*, Pisa, 2003, 173.

<sup>38</sup> V. di recente Corte Cost., 242/2005, sul Fondo rotativo gestito da Sviluppo Italia s.p.a.; 270/2005 in tema di ricerca scientifica; 285/2005, in materia di cinematografia e spettacolo; 336/2005, sul codice delle comunicazioni elettroniche; 241/2006, sul c.d. decreto competitività.

<sup>39</sup> Così R. DE NICTOLIS, *Il contenzioso Stato-Regioni sul codice degli appalti davanti alla Corte costituzionale*, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

4. Al fine di operare una scelta tra queste diverse ipotesi, la Corte si sofferma primariamente a definire la natura e la struttura dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, attività che essa riconosce essere bifasica<sup>40</sup>. Come è noto infatti, essendo tale attività funzionalizzata al perseguimento del pubblico interesse<sup>41</sup>, il momento di selezione del contraente rappresenta una vera e propria fase procedimentale denominata, a partire da Giannini<sup>42</sup>, "evidenza pubblica"<sup>43</sup>, cui segue il momento tipicamente negoziale di stipula ed esecuzione del contratto. Nella prima fase l'amministrazione forma la sua volontà, anche ai sensi dell'art.1326 c.c., ponendo in essere un'attività giuridica che non è attività di diritto comune, bensì soggetta al diritto pubblico<sup>44</sup>. Ancor prima dell'avvento della disciplina di armonizzazione sui contratti pubblici di derivazione comunitaria, quindi, la scelta del contraente avveniva, di norma, mediante procedimento di gara<sup>45</sup>. A questo si aggiunga che, con le direttive comunitarie<sup>46</sup> in materia di appalti pubblici, non solo si è voluto assicurare che l'aggiudicazione dei contratti per conto delle amministrazioni pubbliche avvenisse nel rispetto di quei principi generali della libera circolazione, parità di trattamento, trasparenza e non discriminazione<sup>47</sup> previsti dal Trattato, ma anche dettare regole precise dirette ad assicurare procedure di gara concorrenziali tali da evitare il rischio che le amministrazioni nazionali siano indotte a preferire gli operatori nazionali, ovvero siano guidate da considerazioni non economiche<sup>48</sup>.

E' in forza di tali principi che la Corte, per salvare la parte del codice che disciplina gli istituti relativi alla selezione del contraente, ha fondato la

---

<sup>40</sup> V. in particolare il p.to 6.8 del considerato in diritto

<sup>41</sup> Su cui v. M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano 1996.

<sup>42</sup> V. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, III ed., vol. II, Milano, 1993, 363ss.

<sup>43</sup> Per i problemi connessi al regime e alla qualificazione della fattispecie del contratto ad evidenza pubblica v. G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano 1986.

<sup>44</sup> Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, spec. 674.

<sup>45</sup> V. spec. art. 3 del r.d. 18 novembre 1923, n.2440, Norme sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato.

<sup>46</sup> Dapprima con le direttive del Consiglio 92/50/CEE del 18 giugno 1992 che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, 93/36/CEE del 14 giugno 1993 che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, 93/37/CEE del 14 giugno 1993, che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori; in seguito raccolte in un testo unico nella direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, e nella direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2004/17/CE del 31 marzo 2004 che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali per esigenze connesse alla previsione di misure di liberalizzazione dei predetti settori finalizzate a garantire la graduale e completa apertura dei mercati alla libera concorrenza.

<sup>47</sup> V. R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n.62/2005*, Milano 2005.

<sup>48</sup> Cfr. CGCE, 27 novembre 2001, C-285/99 e C-286/99.

legittimazione del legislatore statale sulla materia “tutela della concorrenza” di cui all’art.117, comma 2, lett.e).

Nella seconda fase, di stipula ed esecuzione del contratto, pur residuando aspetti tipicamente pubblicistici cui sono connessi poteri autoritativi, prevalgono gli istituti di diritto comune. In tale fase, infatti, l’amministrazione si pone in una posizione di tendenziale parità con il contraente ed agisce nell’esercizio della propria autonomia negoziale<sup>49</sup>. La prevalenza quindi di un’attività tipicamente privatistica ha consentito alla Consulta di fondare la competenza del legislatore statale a partire dalla materia “ordinamento civile”, art.117, comma 2, lett. l), atteso che la presenza di aspetti di specialità, rispetto al diritto comune, non rappresenta un ostacolo alla predetta legittimazione.

4. Dopo aver ricondotto alla materia tutela della concorrenza gli istituti cardine del procedimento di evidenza pubblica, quali le procedure di qualificazione e selezione dei concorrenti, le procedure di affidamento, i criteri di aggiudicazione, i poteri di vigilanza sul mercato, il subappalto, la Corte si è addentrata nella definizione dei limiti di tale competenza esclusiva.

E, invero, le censure mosse da alcune Regioni non contestavano tanto l’esistenza di un titolo di legittimazione statale quanto piuttosto la violazione dei canoni di adeguatezza e ragionevolezza conseguente all’assoggettamento indiscriminato alla normativa statale anche di dettaglio del Codice, nonostante fossero ravvisabili spazi in cui legittimamente potrebbe ammettersi un intervento normativo regionale.

Questa rivendicazione ha dato modo alla Corte di ritornare sulla nozione di tutela della concorrenza allo scopo di chiarirne gli ambiti di rilevanza, la natura e i limiti di incidenza. L’insistenza su tale profilo segna i tratti di maggiore interesse della pronuncia in commento.

Ribadita, in linea con i propri precedenti<sup>50</sup>, la coincidenza della nozione di tutela della concorrenza con quella operante in ambito comunitario, che include in sé “sia interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto”, sia interventi mirati a ridurre gli squilibri attraverso la creazione delle condizioni per l’instaurazione di assetti concorrenziali, la Corte concretizza la predetta nozione rispetto allo specifico ambito dei contratti pubblici. In tale ambito, infatti, occorre assicurare la più ampia apertura al mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai fondamentali principi comunitari derivanti dal Trattato.

Pertanto, l’adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica sull’intero territorio nazionale (e comunitario) è innanzitutto dettata dalla necessità di

---

<sup>49</sup> Su cui v. G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Annali Fac. Giurisprudenza di Genova*, I, 1966, 174 ss. e S. A. ROMANO, *L’attività privata degli enti pubblici*, Milano, 1979, spec. 59 ss.

<sup>50</sup> V. in particolare Corte cost., 14/2004 e 272/2004

garantire il rispetto di quei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza che caratterizzano tutta la disciplina comunitaria derivata in materia di contratti pubblici. Tale visione è quindi più ampia della concezione contabilistica interna, cui si faceva riferimento poc'anzi, secondo la quale l'obbligo della gara era posto nell'esclusivo interesse dell'amministrazione ai fini della corretta formazione della volontà negoziale. Ciò che viene maggiormente in rilievo nello specifico settore dei contratti pubblici è quindi il profilo che attiene alla c.d. *concorrenza per il mercato*.

Il fatto poi che la materia della tutela della concorrenza sia caratterizzata da un ambito di estensione incerto in ragione della sua trasversalità e quindi della sua potenziale interferenza orizzontale con altri ambiti materiali, assume nel caso di specie una connotazione del tutto particolare. Secondo la Corte infatti non si realizzerebbe un intreccio in senso stretto con ambiti materiali di pertinenza regionale prevalendo la disciplina statale su ogni altra fonte normativa.

La peculiarità con cui si atteggia la materia "tutela della concorrenza" nel riparto Stato-Regioni si differenzia quindi anche dalle altre materie c.d. trasversali. Essa infatti coincide semplicemente con le condizioni per la sua realizzazione e ha pertanto un ontologico ed ineliminabile carattere di genericità ed astrattezza rispetto al substrato materiale su cui incide<sup>51</sup>. Di conseguenza, il legislatore statale ha titolo per disciplinare l'intera fase di evidenza pubblica, finanche con norme di dettaglio, purchè siano rispettati i limiti interni dettati dai principi di proporzionalità e ragionevolezza, la cui verifica è soggetta ad uno scrutinio volto a saggiare la congruità dello strumento utilizzato rispetto al fine di rendere attivi i fattori determinanti dell'equilibrio economico generale<sup>52</sup>. In buona sostanza, la Corte circoscrive gli esatti confini della materia "tutela della concorrenza" precisando, come mai aveva fatto in passato, che essa può legittimare un intervento statale dettagliato senza che ciò comporti intese od accordi con le Regioni. Ai fini del giudizio di costituzionalità occorrerà, quindi, compiere un doppio scrutinio: il primo volto ad accertare l'effettiva riconducibilità dell'intervento statale ai principi della concorrenza nel mercato o della concorrenza per il mercato, il secondo diretto ad accertare se lo strumento utilizzato sia coerente rispetto allo scopo che si intende perseguire alla luce dei principi di proporzionalità ed adeguatezza<sup>53</sup>. Pur così estesa, la competenza statale in materia non occupa tutti gli spazi di intervento per il legislatore regionale, che non potranno tuttavia essere "consumati" per introdurre misure di

---

<sup>51</sup> Cfr. G. FARES, *Appalti pubblici e misure pro-concorrenziali*, op. cit., ove rileva che "tutto ciò che può essere inciso da atti legislativi miranti alla tutela della concorrenza si dispone sempre in una condizione di alterità rispetto a quest'ultima, che si configura di conseguenza come un'entità separata e resistente all'amalgama con altri ambiti materiali, che, a ben vedere, sovrasta e affianca".

<sup>52</sup> Cfr. Corte cost., 14/2004

<sup>53</sup> Tale ultima precisazione consente alla Corte di lasciare aperto un varco per successivi giudizi di costituzionalità su specifiche norme del codice, in quanto la norma impugnata per il suo carattere generale non consente di compiere quel secondo livello di verifica.

attenuazione della concorrenza. Il che spinge a dire, a commento, che tali spazi non possono che essere considerati come virtuali.

*Ad abundantiam* la Corte, argomentando in ordine alle censure mosse da talune regioni, esclude che la procedura di affidamento, in quanto procedimento amministrativo, debba seguire il riparto di cui all'art. 29 comma 2 della l.241/1990 e s.m.i., non configurando il procedimento amministrativo una vera e propria materia bensì un istituto riconducibile, a seconda dei casi, a più ambiti materiali. Nel caso di specie, infatti, anche la procedura di selezione del contraente, fatti salvi i profili di organizzazione amministrativa, è fundamentalmente riconducibile alla materia "tutela della concorrenza"<sup>54</sup>.

Con riguardo alla seconda fase, la Corte fonda sulla materia "ordinamento civile" la competenza statale esclusiva per tutti quegli istituti che attengono alla stipula e all'esecuzione del contratto, ivi compresa la direzione dei lavori, la contabilità, il collaudo e il subappalto. L'attrazione di tali istituti alla materia "ordinamento civile" soddisfa l'esigenza, sottesa al principio d'eguaglianza, di garantire l'uniformità di trattamento, nell'intero territorio nazionale, della disciplina *de qua*. Il fatto poi che residuino in capo all'amministrazione potestà pubbliche, riferibili tra l'altro a specifici aspetti organizzativi afferenti alla fase esecutiva del contratto, dirette a soddisfare specifiche esigenze di interesse pubblico, pur non disattendendo per ciò solo la natura privatistica del rapporto, potrebbero, secondo la Corte, legittimare un intervento normativo su base regionale a condizione che parte del contratto non sia un'amministrazione statale. Anche tale rilievo appare privo di effettività dal momento che la Corte di Cassazione<sup>55</sup> ormai pacificamente riconduce al diritto privato gli istituti della risoluzione unilaterale, del recesso, della sospensione dei lavori, della direzione dei lavori e del collaudo, del regime dei pagamenti e delle garanzie di esecuzione<sup>56</sup>. A ben vedere quindi, lo spazio di intervento delle Regioni pare in concreto limitarsi in fase esecutiva ai profili organizzativi in ordine alla distribuzione delle competenze e alla contabilità<sup>57</sup>.

Un profilo di possibile spettanza regionale viene individuato dalla Corte rispetto alla controversa questione circa la natura dei capitolati<sup>58</sup>, rispetto alla quale l'opzione per la natura contrattuale operata dal Codice - a dispetto della tesi

---

<sup>54</sup> Ugualmente riconducibili alla materia "tutela della concorrenza" sono le attività di progettazione e i piani di sicurezza in quanto dirette ad assicurare sull'intero territorio nazionale i principi di parità di trattamento e di non discriminazione dei partecipanti alle procedure di gara.

<sup>55</sup> Sul recesso *ad nutum* v. ad es. Cass. sez. II 31 luglio 2006, n. 17294, in *Riv. trim. app.*, 2007, con nota di G. MUSOLINO, *Il recesso ad nutum del committente nell'appalto pubblico e privato e l'inadempimento dell'appaltatore*, 759, sul collaudo v. Cass. sez. I civ. 13 gennaio 2004 n. 271, in *Foro It.* 2004, 1793, con nota di G. DE MARZO.

<sup>56</sup> Sull'istituto della revisione prezzi v. Corte cost. 28 dicembre 2006, n.447, in *Foro amm.-CdS* 2007, con nota di C. E. GALLO, *Revisione dei prezzi nei contratti della pubblica amministrazione e potestà legislativa regionale*, 420.

<sup>57</sup> Cfr. R. DE NICTOLIS, *La Corte costituzionale si pronuncia sul codice dei contratti pubblici*, op. cit., spec. 9

<sup>58</sup> Per una rassegna del dibattito giurisprudenziale e dottrinale sul tema v. A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1999, 190.

che deponeva a favore della natura regolamentare - consente poi alla Corte di rilevare come il richiamo operato dall'art. 5, comma 9 al capitolato generale da parte di stazioni appaltanti diverse da quelle statali sia facoltativo e quindi insussistente in concreto il *vulnus* alle competenze regionali<sup>59</sup>.

5. Oltre ad aver chiarito che i procedimenti di selezione dei contraenti e gli istituti che disciplinano la conclusione e l'esecuzione del contratto sono da ascrivere alla competenza statale esclusiva, un ulteriore aspetto di rilievo della sentenza in commento è certamente quello di aver convalidato l'impostazione del codice che - recependo integralmente le indicazioni del Consiglio di Stato - ha riportato a livello statale la potestà regolamentare in materia di contratti pubblici come conseguenza della accertata competenza legislativa esclusiva statale secondo il dettato di cui all'art.117, comma 6<sup>60</sup>.

Come noto, infatti, l'incertezza sulla spettanza di tale potestà<sup>61</sup> accompagnata dal timore che interi regolamenti attuativi fossero ritenuti invasivi della competenza regionale<sup>62</sup> aveva portato il legislatore statale a rilegificare norme attuative e tecniche<sup>63</sup> con un irrigidimento complessivo del sistema delle fonti<sup>64</sup>.

L'impugnato art. 5 al comma 1 prevede, tra l'altro, che lo Stato detti norme regolamentari attuative nelle materie di cui al comma 3 dell'art.4, ovvero in tutte quelle materie che il legislatore ha ascritto alla competenza esclusiva dello Stato, e la Corte ha opportunamente ricondotto alle materie "tutela della concorrenza", "ordinamento civile" e "giurisdizione e norme processuali".

Le Regioni ricorrenti lamentavano l'illegittimità di detta norma, in linea con l'impugnativa dell'art.4 comma 3, sostenendo, per un verso, che le materie di competenza statale esclusiva inciderebbero in settori ed oggetti che rientrerebbero, invece, in competenze regionali; per altro verso, che per le materie trasversali di competenza esclusiva lo Stato potrebbe intervenire soltanto in via legislativa e non anche regolamentare, non sussistendo motivi

<sup>59</sup> Cfr. p.to 8 del considerato in diritto.

<sup>60</sup> Sui poteri regolamentari di Stato, Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V v. *ex multis* A. BARBERA, *Un ribaltone nel sistema delle fonti?*, in *Quad. Cost.* 2002, 804; A. RUGGERI, *La potestà regolamentare*, in *Foro It.* 2001, V, 207; G. TARLI BARBIERI, *Appunti sul potere regolamentare delle regioni nel processo di riforma del titolo V e la parte II della Costituzione*, in *Dir. pubbl.* 2002, 417; N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, Bologna 2004; Id., *La potestà regolamentare del governo dopo il nuovo titolo V della Costituzione: su i primi effetti di una disposizione controversa*, in *Rass. Parl.* 2004, 233; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino 2005.

<sup>61</sup> V. L. PASSERI, *L'applicazione del regolamento generale in materia di lavori pubblici e del regolamento "Bargone" alle regioni e alle province autonome prima e dopo la riforma del titolo quinto, parte seconda, della costituzione*, in *Riv. giur. urb.* 2003, 388 e P. M. PIACENTINI, *Il regolamento statale sui lavori pubblici e i poteri regolamentari regionali*, in *Cons. St.* 2004, II, 695.

<sup>62</sup> V. C. Cost. n.482/2002, in questa *Rivista* 1996, 373, con nota di G. MORBIDELLI, *Esiste ancora la materia "lavori pubblici di interesse regionale"? Ovvero, dal regionalismo cooperativo al regionalismo vigilato*.

<sup>63</sup> V. ad esempio gli allegati tecnici al d.lgs. 190/2002.

<sup>64</sup> Dello stesso avviso R. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*, 17.

per differenziare i vincoli espressi dai principi fondamentali e quelli derivanti dalla disciplina delle materie trasversali.

Una volta riconosciuta la legittimità di norme di dettaglio dettate dallo Stato in materia di tutela della concorrenza è agevole per la Corte respingere le censure proposte. Il problema, come noto, riguarda la possibile interferenza con le prerogative regionali da parte di atti regolamentari statali, anche adottati in delegificazione, specie con riguardo alle cd. materie trasversali, per la loro capacità di interferire con l'autonomia legislativa regionale<sup>65</sup>.

Stante la naturale tendenza della norma regolamentare ad essere più puntuale e dettagliata di quella legislativa, potrebbe accadere che in nome della trasversalità di un certa materia il regolamento statale finisca per debordare dal limite congenito della trasversalità fino a spingersi entro ambiti costituzionalmente riservati alla normazione regionale<sup>66</sup>. E, invero, il problema si era posto già prima della riforma del Titolo V quando si temeva che il regolamento statale potesse invadere il campo della legislazione regionale di dettaglio relativa ai lavori di interesse regionale. Allora la questione fu risolta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 482 del 1995 nel senso che i regolamenti governativi non sono legittimati a disciplinare materie di competenza regionale e che le leggi regionali non possono essere in nessun caso scalfite dagli effetti abrogativi della delegificazione<sup>67</sup>, riconoscendo allo stesso tempo che la legislazione statale di dettaglio possa essere legata ai principi fondamentali dell'ordinamento statale da un rapporto di coesistenzialità e di necessaria integrazione, con ciò prevalendo anche sulla legislazione regionale<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> V. Corte cost. 29 settembre 2003, n. 302 che ha escluso il potere dello Stato di dettare norme regolamentari vincolanti per le regioni, anche a statuto speciale, e per le province autonome, in materia oggetto di competenza legislativa concorrente e aveva ritenuto non vincolanti per le regioni, anche a statuto speciale il d.p.r.n.554/99, recante il regolamento attuativo della l. Merloni) e il d.p.r. n.34/2000, recante il regolamento di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici.

<sup>66</sup> V. pressoché testualmente F. CINTIOLI, *Le fonti interne di disciplina*, op. cit., 129.

<sup>67</sup> Sui rapporti tra competenze legislative regionali, potestà regolamentare e delegificazione v. anche Corte Cost., 23 luglio 2002, n.376, in questa *Rivista* 2003, 256 con note di G. DI COSIMO, *La proteiforme cedevolezza: il caso dei regolamenti di delegificazione nelle materie concorrenti*, e G. PIPERATA, *Semplificazione amministrativa e competenze delle regioni: ancora un intervento della Corte Costituzionale in attesa dell'attuazione della riforma del Titolo V Cost.*

<sup>68</sup> La dottrina giunse fino a riconoscere che anche le fonti secondarie avrebbero ben potuto assumere il medesimo tratto di coesistenzialità ai principi che in altri casi è assunto dalla legge di dettaglio, e con ciò dovrebbero anch'esse imporsi sulla legge regionale. Con specifico riguardo ai lavori pubblici G. MORBIDELLI, *op. ult. cit.*, ebbe a osservare che il regolamento attuativo, specie se regolamento delegato, potrebbe assolvere allo svolgimento dei principi fondamentali all'interno di un sistema unitario e quindi, per questa parte, non essere cedevole. A ben vedere, quindi, talune norme del regolamento sarebbero state di portata generale, ancorché invasive delle potestà regionali, mentre altre si sarebbero rivelate cedevoli alla legge regionale. Significativo in tal senso è il caso della l.r. Valle d'Aosta 20 giugno 1996, n. 12 che prevedeva l'istituzione di un albo regionale delle imprese operanti nel settore, su cui v. Corte cost., 26 giugno 2001, n. 207 che ne dichiara l'illegittimità costituzionale rilevando come il predetto requisito in realtà si attegga proprio, nella sostanza, come condizione rivolta a frapporre

La *vexata quaestio* va ora risolta alla luce del nuovo art.117, comma 6 che introduce un parallelismo tra potestà legislativa e potestà regolamentare, cosicché una volta che la Corte ha chiarito che la tutela della concorrenza, specie per il modo in cui opera nello specifico settore dei contratti pubblici, è innanzitutto una materia che legittima anche l'adozione di norme di dettaglio, ne discende che in tale materia lo Stato può legittimamente esercitare la potestà regolamentare non configurandosi alcun condizionamento di fonti primarie regionali da parte di fonti secondarie statali. E, invero, mentre le fonti primarie regionali disciplineranno tutti quei profili non afferenti, ancorché contigui a quelli relativi alla tutela della concorrenza, il regolamento adotterà tutte quelle norme, che dando attuazione ed esecuzione alle disposizioni del codice, si renderanno necessarie a perseguire l'obiettivo di realizzare assetti concorrenziali per il mercato. Un tale riparto consente quindi di realizzare quella separazione tra fonti statali secondarie e fonti regionali primarie evitando così che un atto secondario dello Stato interferisca con la legge regionale.

Parimenti infondate le censure sollevate in via subordinata in ordine alla mancata previsione di un coinvolgimento delle regioni per l'adozione del regolamento.

Ad onta di ogni ulteriore dubbio la replica a tale censura consente alla Corte di ribadire la specificità che assume la materia tutela della concorrenza nello specifico settore dei contratti pubblici. Cosicché, chiarito che non sussiste alcun obbligo di coinvolgimento delle regioni nella fase di esercizio della potestà regolamentare dello Stato nelle materie riservate alla sua competenza esclusiva e che il rispetto delle regole collaborative può essere imposto a livello costituzionale nei soli casi in cui si verifichi un forte intreccio con competenze regionali<sup>69</sup>, evenienza questa che non si verifica nel settore dei contratti pubblici laddove, come detto, non si realizza un intreccio in senso stretto con ambiti materiali di pertinenza regionale, si deve ritenere esclusa qualunque forma di collaborazione costituzionalmente imposta. Ciò non impedisce tuttavia che in specifici ambiti e tenuto conto della peculiarità di talune fattispecie il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, possa prevedere particolari forme di cooperazione<sup>70</sup> con i livelli di governo interessati in sede di adozione dei singoli atti regolamentari.

6. Prima di passare ad alcune riflessioni conclusive giova soffermarsi brevemente su alcuni precedenti della Corte in materia di contratti pubblici per rilevarne i tratti di continuità e discontinuità con la sentenza in commento.

---

barriere all'ingresso nel territorio regionale, in qualità di soggetti appaltatori, di imprese provenienti da altre aree e prive di legami stabili con il territorio medesimo.

<sup>69</sup> V. P. VERONESI, *I principi in materia di raccordo Stato-Regioni dopo la riforma del titolo V*, in questa *Rivista* 2003, 1007.

<sup>70</sup> V. L. VIOLINI, *Meno supremazia e più collaborazione nei rapporti tra i diversi livelli di governo? Un primo sguardo (non privo di interesse) alla galassia degli accordi e delle intese*, in questa *Rivista* 2003, 691.

Innanzitutto, a differenza di quanto stabilito da Corte Cost. 345/2004, intervenuta sull'obbligo di scelta del contraente attraverso "procedure aperte o ristrette, con le modalità previste dalla normativa nazionale di recepimento della normativa comunitaria" anche quando il valore del contratto fosse inferiore alla c.d. soglia comunitaria, la sentenza in esame supera il criterio del valore economico del contratto ai fini dell'applicazione della disciplina di dettaglio e specialmente di quella relativa alla scelta del contraente che come si è rilevato è direttamente riconducibile alla materia tutela della concorrenza.

Sempre nella direzione di limitare l'elusione dei principi di concorrenza, non discriminazione e trasparenza si erano mosse invece talune pronunce intervenute successivamente all'entrata in vigore del Titolo V ancorché relative a leggi regionali preesistenti. Significativi al riguardo sono i casi della l.r. Valle d'Aosta n.12/2005, di modifica della l.r. 12/1996, che aveva previsto fra i criteri di selezione dei candidati, nella procedura ristretta per l'affidamento di lavori per un importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitarie, quello della "migliore idoneità di localizzazione". Con la sentenza n. 440/2006 la Corte ha dichiarato l'illegittimità di tale norma eccependo che si tratta in concreto di una «condizione rivolta a frapporre barriere all'ingresso nel territorio regionale, in qualità di soggetti appaltatori, di imprese provenienti da altre aree e prive di legami stabili con il territorio medesimo»<sup>71</sup> trattandosi di una condizione non giustificabile né sotto il profilo eminentemente tecnico, né in nome dell'efficienza e del buon andamento dell'amministrazione, in quanto è «ben possibile che anche imprese aventi sede e organizzazione stabile fuori del territorio regionale possiedano i requisiti tecnico-organizzativi necessari – e richiesti dalla normativa e dai bandi di gara – per assicurare un'efficiente esecuzione degli appalti» ed a nulla rileva il richiamo agli eventuali maggiori costi che tali imprese dovrebbero sostenere, poiché gli altri criteri di scelta del contraente individuati dalla legge «consentono comunque all'amministrazione di assicurarsi le prestazioni alle condizioni per essa più convenienti anche sotto il profilo economico».

Caso analogo è quello della l.p. Bolzano n.8/2005 che aveva esteso agli appalti pubblici l'istituto civilistico della revisione dei prezzi e su cui la Corte interviene (sent.447/2006) con declaratoria di illegittimità costituzionale ritenendo indubbio che l'istituto *de quo* risponda ad un interesse unitario, afferendo a scelte legislative di carattere generale che implicano "valutazioni politiche e riflessi finanziari, che non tollerano discipline differenziate nel territorio".

Con la sentenza n.256/2007<sup>72</sup>, infine, la Corte si era pronunciata sulla legittimità del contributo previsto dalla legge finanziaria per il 2006 avente ad oggetto il finanziamento dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici<sup>73</sup>. Come noto, già la

<sup>71</sup> V. Corte cost. 207/2001.

<sup>72</sup> V. L. COSSU, *La "non materia" dei lavori pubblici e il suo carattere strumentale*, in <http://www.giurcost.it>

<sup>73</sup> L' Autorità di vigilanza sui lavori pubblici è stata istituita dall'articolo 4 della legge-quadro 11 febbraio 1994, n. 109, c.d. legge Merloni, in materia di lavori pubblici, e costituisce come aveva già affermato la Corte nella sentenza n. 482 del 1995, *un nuovo organismo collegiale di alta*

pronuncia 482/95 aveva riconosciuto il ruolo unificante di tale Autorità<sup>74</sup> ritenendo che i compiti ad essa affidati non fossero lesivi delle prerogative regionali in materia di opere pubbliche di interesse regionale<sup>75</sup>. Nel ribadire tale ruolo la Corte, pur a fronte di un quadro costituzionale di riferimento profondamente cambiato, respinge le censure mosse alle norme sull'autofinanziamento dell'Autorità<sup>76</sup> gravanti sul "mercato di competenza"<sup>77</sup>, ritenendole conformi al riparto di cui all'art.117 in quanto dirette a reperire risorse – in precedenza ed in parte ancora oggi reperite attraverso la fiscalità generale – per il funzionamento di un organo quale l'Autorità, chiamata a svolgere una funzione di vigilanza sui lavori pubblici «unitaria a livello nazionale»<sup>78</sup> e quindi riconducibili alla categoria delle entrate tributarie statali, di cui soddisfano i principali requisiti.

I casi che precedono mostrano in buona sostanza che la disciplina dei pubblici appalti per la parte relativa agli istituti concernenti la scelta del contraente e quelli relativi all'esecuzione del contratto deve esser uniforme (almeno) sul territorio nazionale e che a nulla vale fondare una competenza regionale sulla rilevanza del contratto o addirittura sulla previsione che consente alle Regioni e alle Province autonome di dare attuazione, nelle materie di loro competenza, al diritto comunitario derivato.

7. L'affermazione della coesistenza nella tutela della concorrenza dell'essere allo stesso tempo materia e valore trasversale consente al legislatore statale, secondo la condivisibile lettura della Corte, di dettare norme di dettaglio, anche regolamentari, specie con riferimento ad un settore come quello dei contratti pubblici in cui negli ultimi anni tutti i tentativi elusivi della concorrenza sono sempre stati condotti in sede di legislazione di dettaglio. Non che il legislatore statale si sia sottratto a tale malcostume, come dimostrano le molteplici procedure di infrazione in cui è incorsa l'Italia e da ultimo quella notificata in data 30 gennaio 2008 dalla Commissione Europea nei confronti dello Stato italiano in relazione all'incompleta o inesatta attuazione delle direttive

---

*qualificazione, chiamato ad operare in piena autonomia rispetto agli apparati dell'esecutivo ed agli organi di ogni amministrazione e a svolgere una funzione di vigilanza e di garanzia sui lavori pubblici «unitaria a livello nazionale», che "implica una conoscenza completa ed integrata del settore"*

<sup>74</sup> Sui caratteri delle Autorità indipendenti v. F. MERUSI, M. PASSARO, *Le Autorità indipendenti*, Bologna 2003, spec. 63 ss.

<sup>75</sup> Anche il d. lgs.112/98 aveva mantenuto in capo allo Stato le funzioni amministrative relative alla vigilanza sui lavori pubblici, v. art.98 comma 3.

<sup>76</sup> Sul tema v. G. NAPOLITANO, *L'autofinanziamento delle autorità indipendenti*, in *Gior. Dir. amm.* 2006, 262

<sup>77</sup> Sull'efficacia di tale sistema e sulla sua sostenibilità e compatibilità con il diritto comunitario non sono mancati i rilievi critici da parte della dottrina v. ad esempio M. CLARICH, G. CORSO, V. ZENO ZENOVICH, *Il sistema delle Autorità indipendenti: problemi e prospettive*, relazione di base al Convegno organizzato da Nexus, Roma 27 febbraio 2006, spec. 27ss., reperibile in <http://www.isimm.it>

<sup>78</sup> Il rinvio esplicito è a Corte cost.482/1995.

2004/17/CE e 2004/18/CE da parte del Codice dei contratti<sup>79</sup>, a riconferma, se ancora ve ne fosse stato bisogno, della volontà di creare a livello comunitario un mercato unico dei contratti pubblici sulla base di regole omogenee che non può subire frazionamenti né statuali, né sub statuali, che derivino in via immediata e diretta dalla disomogeneità regolativa.

Per lungo tempo non si parlava di mercato degli appalti pubblici ritenendo le regole necessarie al suo funzionamento esclusivamente dirette ad assicurare la legittimità dell'azione amministrativa che assorbiva in sé anche il raggiungimento di quei principi di efficacia, efficienza ed economicità<sup>80</sup>. Non è estraneo tuttavia il fatto che il settore degli appalti pubblici rappresenta un comparto di grande rilevanza sia per l'ammontare delle risorse finanziarie coinvolte sia per gli effetti indiretti che il suo funzionamento esercita sull'economia<sup>81</sup>. Sulla scorta di tali considerazioni si inserisce a bene vedere l'intervento del legislatore comunitario, da sempre attento a garantire il diritto di stabilimento, a salvaguardare la reale osservanza del principio di concorrenza e di quello connesso della parità di trattamento, che ha dettato una disciplina diretta ad assicurare la realizzazione delle predette finalità non già attraverso l'individuazione di poteri delle autorità amministrative dei singoli stati, bensì tramite l'indicazione di limiti che dovevano essere garantiti rispetto agli anzidetti poteri.

Gli interventi comunitari mirano più che ad una liberalizzazione del mercato precedentemente monopolistico, a garantire che detto mercato, "abbandonato" dal legislatore, permanga in una potenziale situazione di libertà e concorrenza<sup>82</sup>. A lungo la disciplina europea ha convissuto con quella nazionale, e con le sue specificità, in una realtà troppo spesso gravata da equivoci, dalla ricerca di adattamenti, se non di veri e propri strumenti elusivi, senza che mai si assumesse la piena consapevolezza<sup>83</sup> delle finalità cui era diretta.

---

<sup>79</sup> Su cui v. M. A. SANDULLI, *Contratti pubblici e (in)certezza del diritto fra ordinamento interno e novità comunitarie*, in <http://www.federalismi.it>, 7/2008.

<sup>80</sup> Cfr. F. GARRI, F. GARRI, *Il mercato dei contratti pubblici; il ruolo dell'Autorità di vigilanza di settore e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in A. M. SANDULLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, Milano 2008, spec. 627 e ivi per l'ampia bibliografia e giurisprudenza citata.

<sup>81</sup> Per farsi un'idea è sufficiente leggere le relazioni annuali dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici reperibili in <http://www.autoritalavoripubblici.it>

<sup>82</sup> Per tali rilievi v. F. LA PECORELLA, I. RIZZO, *La regolamentazione del mercato dei lavori pubblici, alcune indicazioni di policy*, in *Stato o mercato. Intervento pubblico e architettura dei mercati*, Milano 2002, 201

<sup>83</sup> V. F. GARRI, F. GARRI, *Il mercato*, op. cit., 629-630 ove rilevano che non si tratta di una situazione propria solamente dell'ordinamento italiano, ma che in Italia ha assunto una preoccupazione particolare, specie nella normativa degli anni Novanta, frutto non di una situazione contingente, ma connaturale al settore, ovvero quella che discende dalla fertilità del campo dei lavori pubblici a determinare situazioni d'illecito.

Non è questo il luogo per approfondire un siffatto problema, cui si rinvia alle specifiche trattazioni<sup>84</sup>: tenendolo sullo sfondo si può forse meglio comprendere le ragioni che hanno spinto la Corte a “rileggere” la “tutela della concorrenza” anzitutto quale materia<sup>85</sup>, e solo in seconda battuta quale valore trasversale<sup>86</sup>.

A prescindere da una valutazione complessiva delle ultime sentenze sulla tutela della concorrenza<sup>87</sup>, esercizio che esula dal preteso del presente lavoro, anche perché a seconda dell'ambito in cui essa incide ha risvolti che devono essere oggetto di una specifica analisi, pare che l'intervento confermativo della disciplina dettata dal codice dei contratti pubblici sia condivisibile, come si è già avuto modo di evidenziare, per molteplici ragioni.

In un ambito come quello degli appalti pubblici a nulla valgono i principi se non sono accompagnati da norme di dettaglio sufficientemente analitiche e certe,

---

<sup>84</sup> Il rinvio è alle trattazioni specifiche citate nella presente nota e specificamente da ultimo a M. A. SANDULLI, *Trattato sui contratti pubblici*, Milano 2008, per i risvolti più propriamente economici oltre al contributo di F. LA PECORELLA, I. RIZZO, cit., v. F. KOSTORIS, T. PADOA SCHIOPPA, *Le autorità indipendenti e il buon funzionamento del mercato*, Milano 2002; A. MACCHIATI, A. MAGNONI, *Quale governance per le Autorità indipendenti? Un'analisi economica delle leggi istitutive*, in *Quaderni di finanza*, 2000, 41.

<sup>85</sup> Già R. CARANTA, *La tutela della concorrenza*, op. loc. cit., nella nota critica alla sentenza 14/2004 aveva posto in luce il tentativo della Corte di svuotare il contenuto della riforma del titolo V attraverso le cd. materie trasversali, sottolineando come un “simile indirizzo non trovi giustificazione con la natura della materia de qua, che potrebbe tranquillamente leggersi in senso tradizionale, anziché “trasversale”, senza per questo porre in rischio l'unitarietà dell'ordinamento giuridico europeo”.

<sup>86</sup> Secondo L. CASSETTI, *La Corte costituzionale “salva” le liberalizzazioni del 2006: dalla trasversalità alla “prevalenza” della competenza statale in materia di tutela della concorrenza*, in <http://www.federalismi.it> del 30 aprile 2008, la sentenza n. 401 del 2007 non contiene dunque solo una “variante” rispetto al modello argomentativo della sent. 14 del 2004, così come applicato alle procedure di gara per l'affidamento dei servizi pubblici locali dalla sent. 272 dello stesso anno, ma inaugura piuttosto un chiaro mutamento giurisprudenziale che ha poi condizionato le scelte della Corte sulla legittimità costituzionale delle più discusse norme di liberalizzazione introdotte nel 2006.

<sup>87</sup> Dopo il codice dei contratti (nella stessa direzione v. anche le sent. 430/2007 e 431/2007), la Corte ha confermato anche la disciplina delle cd. liberalizzazioni: sia quella sull'abolizione dei minimi tariffari su cui v. Corte Cost. 443/07, che quella sull'offerta del servizio taxi e l'apertura del mercato del trasporto pubblico locale agli autoservizi pubblici non di linea su cui v. Corte cost. 452/2007.

tali da garantire l'effettività dei principi in cui si sostanzia la massima apertura al mercato.

E' la stessa esperienza comunitaria che ci testimonia come la tutela del mercato avvenga non già con i principi, ma con le regole di dettaglio. Come rileva il consigliere De Nictolis<sup>88</sup> laddove ci sono mercati, e Autorità di regolazione dei mercati, ci sono regole di condotta estremamente minuziose per gli attori del mercato. E' attraverso le regole di dettaglio che si sostanzia una reale e concreta promozione del mercato. Basti pensare come nell'esperienza italiana tutti i tentativi elusivi dei principi comunitari si siano sostanziati in norme di dettaglio quali ad esempio quelle sulle offerte anomale, sui requisiti di qualificazione dei concorrenti, sui confini della trattativa privata etc...

Tutto questo a prescindere dal valore dei contratti. Dall'introduzione delle soglie<sup>89</sup> abbiamo periodicamente assistito ad una revisione, ad opera del legislatore comunitario, al ribasso, tale da far presagire che in un futuro non troppo lontano saranno definitivamente archiviate<sup>90</sup>. In ogni caso, a tacer d'altro, è pacificamente riconosciuta dalla giurisprudenza comunitaria l'applicabilità anche agli appalti sotto soglia dei principi del trattato a tutela della concorrenza e precisamente di quello della concorrenza e di tutti quelli che ne rappresentano attuazione e corollario, di trasparenza, pubblicità, non discriminazione e parità di trattamento. Tali principi, come da ultimo rilevato anche dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 1 marzo 2008, n.1, si elevano a principi generali di tutti i contratti pubblici, sono direttamente applicabili a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie o interne e in modo prevalente su eventuali disposizioni interne di segno contrario<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> V. R. DE NICTOLIS, *La Corte costituzionale si pronuncia*, op. cit., 16.

<sup>89</sup> Come osserva A. POLICE, *Le soglie*, in *Trattato sui contratti pubblici* (diretto da M. A. SANDULLI), Milano 2008, 170 la fissazione di soglie di valore per l'applicabilità della disciplina comunitaria in materia di procedure per l'affidamento di appalti pubblici costituisce una costante della disciplina comunitaria fin dal suo primo apparire agli inizi degli anni settanta del secolo appena trascorso.

<sup>90</sup> A. POLICE, *Le soglie*, op. cit., 173 interrogandosi sulla valenza teorico-generale delle soglie rileva come esse non rappresentino, come potrebbe sembrare a prima vista, un limite alla competenza normativa degli Stati membri e a quella dell'Unione. Anzi, proprio l'evoluzione storica delle soglie, segnata dalla loro periodica revisione, dimostra che il legislatore comunitario non incontra alcun limite nel modificare le soglie e che anzi la loro fissazione si fonda soltanto su valutazioni proprie della discrezionalità del legislatore comunitario, valutazioni di tipo politico quanto alla opportunità o utilità di far precedere (o meno) l'aggiudicazione di alcuni appalti pubblici da procedure ad evidenza pubblica di matrice comunitaria. La soglia rappresenta la cristallizzazione in un dato momento storico della valutazione politica del legislatore comunitario quanto all'adeguatezza e alla proporzionalità di un mezzo (le procedure di evidenza pubblica di matrice comunitaria) ad un fine (la tutela della concorrenza nel mercato dei pubblici appalti e delle commesse pubbliche).

<sup>91</sup> V. anche Cons. Stato, sez.VI, 30 gennaio 2007, n.362, 30 dicembre 2005, n.7616, 25 gennaio 2005, n.168 in linea con quanto previsto dalla Comunicazione interpretativa della Commissione europea del 12 aprile 2000, pubblicata in *Gazzetta ufficiale* n. C 121 del 29 aprile 2000, richiamata e sviluppata da una circolare della Presidenza del consiglio dei ministri-dipartimento per le politiche comunitarie n. 945 in data 1° marzo 2002. Da ultimo v. Comunicazione

Ciò spiega, forse, anche perché nessuna delle norme specifiche dettate dal codice e disciplinanti le varie fasi del procedimento di scelta del contraente siano state ritenute dalla Corte sproporzionate rispetto al fine di garantire la concorrenza per il mercato nel settore dei contratti pubblici. Il fine nel caso di specie si può raggiungere solo ed esclusivamente con norme analitiche e dettagliate che non lascino spazio ad interventi legislativi ulteriori, specie se differenziati da regione a regione, ed estranei alla disciplina del codice. In altri termini le specifiche norme sui criteri di qualificazione e selezione, sulle procedure di gara, sui tipi contrattuali, sui criteri di selezione delle offerte sono funzionali ed indispensabili al raggiungimento dello scopo. Quindi, l'eventuale illegittima invasione delle prerogative regionali costituzionalmente garantite, derivante dall'agire trasversale della materia-obiettivo "tutela della concorrenza", non può essere imperniata sulla natura, dettagliata o meno, delle norme statali impugnate, quanto piuttosto sulla rigorosa verifica della effettiva funzionalità delle norme a tutela della concorrenza.

---

interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive "appalti pubblici", in GUCE C179/2 del 8.2006, *Comunicazione interpretativa della Commissione*, commentata da M. LOCATI, *Il diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinati dalle direttive*, in *Urb. e app.* 2007, 533. Ritorna sull'argomento da ultimo M. A. SANDULLI, *Contratti pubblici e (in)certezza del diritto fra ordinamento interno e novità comunitarie*, cit.