

**Il codice dei contratti pubblici ed i limiti dell'autonomia regionale.
Nota alla sentenza n. 160/2009 della Corte costituzionale**

di Paolo Falzea*
(23 luglio 2009)

1. La sentenza della Corte costituzionale n. 160/2009 offre l'occasione per ritornare sui problemi che il codice dei contratti pubblici pone con riferimento al riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni.

Prima ancora di esaminare i punti salienti della decisione, ci sembra opportuno ricostruire brevemente il quadro normativo di riferimento ed i suoi aspetti di maggiore problematicità.

Nella G.U. n. 100 del 2 maggio 2006, supplemento ordinario n. 107/L, veniva pubblicato il decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, "*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*". Ai sensi dell'art. 257, l'entrata in vigore del codice veniva stabilita per il sessantesimo giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, dunque, per il 1° luglio 2006, ad eccezione delle norme sugli obblighi di comunicazione in materia di servizi e forniture all'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici e all'Osservatorio e della norma sull'accordo bonario per i servizi e le forniture (art. 240), per le quali si prevedeva, invece, che acquistassero efficacia a decorrere da un anno successivo all'entrata in vigore del codice. Per l'avvio della procedura ristretta semplificata per gli appalti di lavori, prevista dall'articolo 123, veniva stabilito che le relative norme trovassero applicazione successivamente alla formazione dell'elenco annuale per l'anno 2007.

Attraverso l'emanazione di tale decreto veniva data, seppur con grave ritardo, attuazione a due direttive CEE del 2004: la n. 17 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, e la n. 18 del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, così come modificate dal regolamento CE 1874/2004 della Commissione del 28 ottobre 2004 con riferimento alle soglie di applicazione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti. Il mancato recepimento di tali direttive aveva fatto sì che in epoca precedente venisse promossa una procedura di infrazione a carico dell'Italia.

Il Codice ha innovato la preesistente disciplina in materia di appalti pubblici, sostituendo la precedente legge 109/1994, comunemente denominata Merloni, che nel corso degli anni aveva subito reiterate modifiche, introducendo nell'ordinamento italiano, per la prima volta, una gestione unitaria delle gare d'appalto, a prescindere dall'aver esse ad oggetto lavori, forniture o servizi, secondo quanto previsto dall'Unione Europea, con la direttiva unica appalti 2004/18/CE.

La legge 12 luglio 2006, n. 228 ("*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 12 maggio 2006, n. 173, recante proroga di termini per l'emanazione di atti di natura regolamentare. Ulteriori proroghe per l'esercizio di deleghe legislative e in materia di istruzione*"), ha apportato poi alcune modifiche al codice dei contratti pubblici: anzitutto l'abrogazione della lettera f) del comma 4° dell'art. 177, il quale prevedeva, tra i criteri per la valutazione dell'offerta più vantaggiosa nell'aggiudicazione delle concessioni e degli affidamenti a contraente generale: "la maggiore entità di lavori e servizi che il contraente generale si impegna ad affidare ad imprese nominate in sede di offerta, ai sensi dell'articolo 176, comma 7. Ai fini predetti rilevano esclusivamente gli affidamenti di lavori aventi singolarmente entità superiore al cinque per cento dell'importo di aggiudicazione della gara, gli affidamenti di opere specialistiche ai sensi dell'articolo 37, comma 11, aventi singolarmente entità superiore al tre per cento del predetto importo,

nonchè gli affidamenti di servizi di ingegneria, gestione, programmazione e controllo qualità, che il Contraente generale intende affidare a terzi”.

Attraverso l'aggiunta dei commi 1 *bis* e 1 *ter* all'art. 253 il legislatore differiva l'entrata in vigore di alcuni istituti¹.

Introducendo, poi, all'articolo 257, il comma 2 *bis* veniva differita al 1° febbraio 2007 l'efficacia dell'art. 8, comma 6, che prevedeva l'istituzione di un apposito ruolo del personale dipendente dall'Autorità.

La sostituzione del 1° comma dell'art. 253 determinava come unica variante quella di richiamare le eccezioni (di cui agli introducendi commi 1 *bis* e 1 *ter* dell'art. 253) all'applicabilità del codice stabilendo che lo stesso trova applicazione alle procedure ed ai contratti i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara siano pubblicati successivamente alla sua entrata in vigore, nonchè, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure ed ai contratti in cui, alla data di entrata in vigore del codice, non fossero ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte.

E' stata infine introdotta una norma diretta a regolare l'applicabilità delle norme la cui entrata in vigore è stata differita nel periodo transitorio tra il 1° luglio (data in cui è entrato in vigore il codice e, dunque, anche tali norme) e la data di entrata in vigore della legge di conversione.

Il controverso provvedimento del 2006, anche sulla scorta dell'enorme contenzioso costituzionale cui ha dato origine, ha richiesto una serie ulteriore di interventi diretti ad integrarne, coordinarne e correggere il testo. Il primo, realizzato attraverso il decreto legislativo 26 gennaio 2007, n. 6, pur lasciando inalterati alcuni tra i punti più oscuri, lacunosi e controversi dell'originario codice, ha anzitutto fatto slittare i termini di entrata in vigore di alcuni istituti, ed ha, poi, dettato alcune norme correttive (anche se per alcune di esse potrebbe dubitarsi della loro natura correttiva, la sola cui sarebbe abilitato il Governo per due anni dalla data di entrata in vigore dell'originario decreto). Nel decreto legislativo 6/2007, infine, sono contenute norme definite di coordinamento che incidono sulla sostanza di alcuni istituti. Ne costituisce un esempio significativo quella che incide sui requisiti della figura del responsabile del procedimento.

Con il decreto legislativo 31 luglio 2007, n. 113, (c.d. secondo decreto correttivo) sono state introdotte altre importanti innovazioni in materia.

Le principali novità riguardano, in primo luogo, il c.d. appalto integrato. A seguito della riforma, tale istituto è applicabile a tutti gli appalti di importo superiore a 5,278 milioni di euro e, sotto detta soglia, unicamente alle opere complesse, alle manutenzioni, ai restauri e agli scavi archeologici. In materia di tariffe professionali, il secondo decreto correttivo introduce alcune modifiche all'articolo 92 del codice e precisamente ai commi 2 e 4 dell'articolo stesso.

Con la nuova versione del comma 2 dell'art. 92 si prevede che il Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro delle infrastrutture, determini, con proprio decreto, le tabelle dei corrispettivi delle attività che possono essere espletate dai soggetti di cui al comma 1 dell'articolo 90, tenendo conto delle tariffe previste per le categorie professionali interessate.

¹ In particolare, il comma 1 *bis* stabilisce per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e speciali, l'applicabilità alle procedure i cui bandi o avvisi siano pubblicati successivamente al 1° febbraio 2007 di taluni istituti: le Centrali di committenza (articolo 33, commi 1 e 2, nonché comma 3, secondo periodo, limitatamente alle sole centrali di committenza); l'istituto dell' "avvilimento" (articolo 49, comma 10); il dialogo competitivo (articolo 58); gli accordi quadro (articolo 59, limitatamente ai settori ordinari). Il comma 1 *ter* stabilisce per gli appalti di lavori pubblici di qualsiasi importo, nei settori ordinari, l'applicabilità alle procedure i cui bandi siano pubblicati successivamente al 1° febbraio 2007 di una serie di previsioni normative (artt. 3, comma 7; 53, commi 2 e 3; 56). Prevede, inoltre, l'applicabilità alle procedure per le quali l'invito a presentare l'offerta sia inviato successivamente al 1° febbraio 2007 dell'istituto della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara di cui all'art. 57.

Nella nuova formulazione del comma 4 dell'articolo 92, si prevede invece che i corrispettivi vengano determinati ai sensi del comma 3, fatto salvo quanto previsto dal comma 12-*bis* dell'articolo 4 del decreto-legge 2 marzo 1989, n. 65 convertito, con modificazioni, dalla legge 26 aprile 1989, n. 155. Viene cancellata l'inderogabilità dei minimi di tariffa ma non la tariffa stessa pur con la riduzione del 20% prevista per le prestazioni rese dai professionisti allo Stato e agli altri enti pubblici. Non spariscono, quindi, le tariffe professionali di cui al D.M. 4 aprile 2001, mentre è consentito alle Amministrazioni derogare dai minimi di tariffa con il limite massimo del 20%.

In materia di *Project financing* viene eliminata la doppia scadenza (30 giugno - 31 dicembre) per la presentazione della proposta, prevedendosi un solo termine al riguardo, di 180 giorni dalla pubblicazione dell'avviso indicativo, da pubblicarsi entro 90 giorni dall'approvazione del programma triennale.

Per ciò che concerne gli artt. 153 e 154 del Codice, la riforma all'art. 1, comma 1 lett. r) e lett. s) ne cancella il diritto di prelazione del promotore, ossia la facoltà di adeguare la propria proposta alle richieste dell'amministrazione. Il concessionario potrà però prevedere un corrispettivo di restituzione delle quote non ammortizzate.

In materia di subappalto il decreto correttivo prevede che la stazione appaltante possa sospendere i pagamenti nei confronti dell'appaltatore che non presenti entro 20 giorni le fatture quietanzate dei subappaltatori. Gli oneri della sicurezza sono corrisposti dall'appaltatore al subappaltatore senza ribasso. L'appaltatore è solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti da parte di quest'ultimo relativi agli obblighi di sicurezza.

Alla riforma del 2007 ha fatto seguito il decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152, pubblicato in G. U. n. 251 del 2 ottobre 2008 (c.d. terzo decreto correttivo al codice dei contratti), che ha introdotto ulteriori modifiche ed integrazioni al d. lgs. n. 163 del 2006. Tale ultimo intervento, nel corpo dei suoi soli tre articoli, ha inciso notevolmente sul precedente impianto normativo. In tema di Finanza di Progetto (c.d. *Project financing*), l'art. 1, comma 1, lettera ee) modifica integralmente l'art. 153 del Codice dei contratti, prevedendo, non più come in passato, una gara unitaria, ma la possibilità per gli appaltanti di scegliere tra una doppia gara nella quale la prima procedura è finalizzata ad individuare il promotore e ad attribuire il diritto di prelazione, la seconda consente di aggiudicare la concessione ponendo a base di gara la proposta del promotore; una gara unica semplificata, senza alcun diritto di prelazione, su uno studio di fattibilità dell'amministrazione per individuare il promotore per interventi previsti negli elenchi annuali. I concorrenti dovranno presentare offerte corredate da progetto preliminare, da una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario e caratteristiche del servizio e gestione. Il promotore prescelto sarà tenuto, se necessario, a modificare il progetto; in caso di rifiuto, le amministrazioni interpellano gli altri concorrenti procedendo a scorrere la graduatoria.

Anche in materia di avvalimento il d. lgs. 152 del 2008 ha apportato delle importanti innovazioni alla materia. Al riguardo va considerato che la Ue aveva dato inizio alla procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia, a causa delle limitazioni all'utilizzo di tale istituto che erano state introdotte dall'art. 49 del D. lgs. n. 163 del 2006. Per tale motivo l'articolo 1, comma 1, lettera n), del d. lgs. in questione ha modificato il comma 6 del D. lgs. n. 163 del 2006, nonché ha abrogato il successivo comma 7. Tale intervento normativo ha decisamente attenuato il principio dell'unicità dell'impresa ausiliaria per i lavori, oltre ad avere reciso ogni vincolo all'avvalimento parziale.

L'articolo 1, comma 1, lettera f) d. lgs. 152 del 2008, ha eliminato invece il diritto di prelazione, riconosciuto dalla lettera g) del comma 1 dell'art. 32 del Codice dei contratti, al titolare del permesso di costruire, prevedendo la possibilità per l'Amministrazione, relativamente alle opere soglie, di riconoscere al titolare del permesso di costruire la

possibilità di presentare un progetto preliminare delle opere da eseguire, previa indicazione del tempo massimo.

In particolare il terzo decreto correttivo ha innovato notevolmente la materia della locazione finanziaria. Ciò allo scopo di realizzare in tempi brevi le opere necessarie pur in assenza di una adeguata copertura finanziaria. Tale intervento correttivo ha previsto le seguenti innovazioni: l'art. 2, comma 1, lettera *nn*), modificando l'art. 160-*bis* ha stabilito che il *leasing* costituisce "appalto pubblico di lavori, salvo che questi ultimi abbiano un carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto medesimo". Inoltre vengono aggiunti i commi 4-*bis*, 4-*ter* e 4-*quater* con cui si precisa che il soggetto finanziatore, all'atto della stipula di un contratto di locazione finanziaria, deve dimostrare di disporre dei mezzi necessari per dare esecuzione all'appalto.

Ulteriori importanti innovazioni sono state apportate alla materia della qualificazione. Difatti, per l'accesso alle gare potranno essere scelti i requisiti di fatturato, manodopera ed attrezzatura relativi ai migliori cinque anni dell'ultimo decennio. Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lettera *vv*), del d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152 è stata riaffermata, con il limite temporale fissato al 31 dicembre 2010, la possibilità di prendere in esame i migliori cinque anni del decennio per la dimostrazione del requisito della cifra d'affari realizzata con i lavori. Per dimostrare l'avvenuta esecuzione dei lavori nelle singole categorie, il periodo documentabile è quello dell'intero decennio precedente.

Il terzo decreto correttivo, con l'articolo 1, comma 1, lettera *h*), infine, modifica l'articolo 37, comma 11, del codice dei contratti in materia di subappalto, in particolare fissando il limite del 30%.

2. Il codice dei contratti pubblici si colloca nella scia di una tecnica di normazione alla quale ultimamente viene fatto ricorso con frequenza. Basti pensare, solo per citare alcuni esempi, al codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82/2005), al codice della nautica da diporto (d.lgs. n. 171/05), al codice del consumo (d.lgs. n. 206/05), al codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. n. 259/03), al codice in materia di protezione di dati personali (d.lgs. n. 196/03). Tale tecnica di normazione presenta numerosi aspetti di grande interesse ancora da esplorare e che tuttavia non possono essere affrontati in questa sede. Può comunque dirsi che essi costituiscono altrettanti tentativi ambiziosi e sostanzialmente apprezzabili di offrire una regolamentazione unitaria in materie nelle quali il valore della certezza del diritto è particolarmente avvertito. Questa condivisibile esigenza deve tuttavia misurarsi con altri interessi, anch'essi meritevoli di tutela e che stanno alla base del fenomeno, costituzionalmente rilevante, dell'accrescimento degli ambiti di autonomia delle Regioni.

Di seguito verranno svolte alcune considerazioni su come il nuovo codice dei contratti pubblici è andato a collocarsi nell'ambito di questa problematica più generale, al centro del dibattito dottrinale e politico di questi ultimi anni, che attiene in definitiva al modo in cui può e deve realizzarsi il decentramento del nostro Stato.

La storia del nostro ordinamento costituzionale è stata profondamente influenzata dalla continua ricerca di un punto di equilibrio tra esigenze di uniformità di regolamentazione giuridica, anche per garantire condizioni di eguaglianza formale e sostanziale che non possono non riguardare comunque tutto il territorio nazionale, e istanze di autonomia, anch'esse certamente ricollegabili al principio di eguaglianza, che richiedono una regolamentazione giuridica differenziata che tenga conto della diversità dei contesti e degli interessi che emergono a livello regionale.

Nella nostra Costituzione, nella sua formulazione originaria, il bilanciamento tra istanze unitarie e istanze autonomiste propendeva chiaramente verso le prime. Se è pur vero che l'art. 5 assegnava rilevanza costituzionale alle autonomie locali, l'assetto dello Stato che veniva complessivamente fuori dalla Costituzione del '47 restava fortemente

centralizzato. In particolare costituiva un elemento di forte continuità rispetto allo Stato unitario, così come esso era venuto sviluppandosi nel secolo precedente, il ruolo assegnato al legislatore statale. La generalità della competenza del legislatore statale consentiva all'ordinamento italiano, almeno potenzialmente, di caratterizzarsi per una forte tendenza all'uniformità della regolamentazione. In questo contesto la potestà legislativa delle Regioni a statuto ordinario incontrava i limiti molto rigorosi stabiliti dal Titolo V della Costituzione. Ed anzitutto, mentre si poneva una riserva implicita al legislatore statale di disciplinare qualunque materia, l'autonomia legislativa regionale veniva fortemente circoscritta, sia quanto alle materie, che erano solo quelle tassativamente previste dall'art. 117 Cost., sia nella forma, che era quella della potestà ripartita o concorrente e quella, ancor più fortemente limitata della potestà attuativa. Anche nelle materie ivi indicate, infatti, veniva affidato alle "leggi cornice" dello Stato il compito di individuare gli elementi di unificazione dell'ordinamento, con efficacia su tutto il territorio nazionale, mentre alle Regioni veniva lasciata unicamente la possibilità di porre, attraverso una normativa di dettaglio, elementi di differenziazione, adattando quei principi alle esigenze specifiche del proprio territorio².

Oltretutto la Corte costituzionale aveva ulteriormente compreso la possibilità per le Regioni di introdurre normative differenziate. Non è questa la sede per ripercorrere le linee guida della copiosa giurisprudenza della Corte in materia, ma è sufficiente ricordare alcuni indirizzi limitativi dell'autonomia legislativa regionale³. Anzitutto, la giurisprudenza in tema di potere statale di indirizzo e coordinamento, configurato dalla Corte costituzionale come una sorta di conseguenza "naturale" del ruolo svolto dal legislatore e dall'amministrazione dello Stato, che ha consentito che esso trasmigrasse dall'originario ambito amministrativo a quello legislativo. E, poi, la sensibile compressione dell'autonomia regionale in nome dell'interesse nazionale che, pur configurandosi nella Costituzione come limite di merito alle leggi regionali, aveva finito nella giurisprudenza della Corte con l'assumere il ruolo di incisivo limite di legittimità⁴.

3. Il nuovo quadro normativo introdotto dalla riforma del titolo V, anticipata dalle cc.dd. Bassanini, ha profondamente innovato il tema della distribuzione delle competenze legislative tra Stato e Regioni, introducendo nel nostro sistema elementi di cambiamento così rilevanti da indurre la dottrina a parlare di un vero e proprio "nuovo ordinamento"⁵. Nel processo riformatore risultano coinvolti i punti nevralgici del sistema delle fonti: leggi (statali e regionali), regolamenti, statuti, fonti di autonomia privata, relazioni inter-ordinamentali (con la Comunità internazionale e l'Unione europea). L'incidenza di tali modifiche sulle dinamiche della produzione normativa è in larga misura ancora da esplorare e richiede, comunque, prove che solo l'impatto con l'esperienza concreta sarà in grado di offrire⁶.

Influenzata da una prospettiva di esaltazione del ruolo delle autonomie regionali che aveva ispirato la riforma, la dottrina, all'indomani della sua entrata in vigore, ne ha messo

² Su questi aspetti si rinvia, per tutti, a T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, 2008, 6 ss. e ora ad A. RUGGERI, *Regione (diritto costituzionale)*, in *Dig./Disc. Pubbl*, App. di agg., II (2008), 708 ss.

³ Cfr. ancora T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, cit., 151 ss.

⁴ Cfr. T. MARTINES, *L'interesse nazionale come limite alle leggi regionali*, in AA.VV., *Problemi della Regione e del governo locale*, Milano, 1965, 195 ss.

⁵ Le innovazioni hanno determinato anche una notevole difficoltà nel ricostruire un quadro di riferimento chiaro per l'assetto delle competenze amministrative. Cfr. S. MANGIAMELI, *Riassetto dell'amministrazione locale, regionale e statale tra nuove competenze legislative, autonomie normative ed esigenze di concertazione*, in *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, 2002, 184 ss.

⁶ Cfr. A. RUGGERI, *La ricomposizione delle fonti in sistema, nella Repubblica delle autonomie, e le nuove frontiere della normazione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

in luce alcuni aspetti particolarmente rilevanti proprio nell'ottica del rafforzamento delle istanze autonomiste: tra questi, anzitutto la perdita da parte della legge statale in favore della legge regionale del ruolo di strumento normativo con competenza generale. La legge costituzionale 3/2001, infatti, opera un totale ribaltamento del sistema di distribuzione delle potestà legislative sancendo una competenza generale delle Regioni e prevedendo, come eccezioni, in materie tassativamente indicate, la potestà esclusiva dello Stato e la potestà ripartita tra Stato e Regioni⁷. Nel nuovo ordinamento italiano, non a caso da taluni definito come un sistema "esplosivo", la perdita di competenza generale della legge statale ha indotto alcuni commentatori a ritenere che la stessa fosse per l'innanzi impossibilitata a svolgere quella funzione unificante e uniformizzante di carattere generale che aveva svolto nel passato ordinamento. Con la conseguenza che le istanze di uniformità avrebbero potuto trovare soddisfazione unicamente a livello di normazione costituzionale, attraverso l'emanazione di normative di rango costituzionale in grado di vincolare sia il legislatore nazionale che il legislatore regionale⁸.

La ripartizione di competenze legislative in base al criterio dell'individuazione ed enumerazione delle materie ha generato, poi, il convincimento che fra l'ambito di esercizio della potestà legislativa statale esclusiva e l'ambito di competenza regionale residuale, considerata anch'essa esclusiva, fosse possibile stabilire una rigida separazione, retta da precise delimitazioni⁹.

Sotto altro profilo è stata, poi, messa in rilievo la circostanza che nel nuovo quadro normativo scompariva del tutto il riferimento all'interesse nazionale previsto nella Costituzione del '47 come limite di merito delle leggi regionali¹⁰.

L'esperienza si è incaricata di mostrare come queste impressioni fossero tutte in gran parte errate, mentre hanno avuto una conferma i timori, manifestati alla vigilia dell'entrata in vigore della riforma del Titolo V della Costituzione, che il nuovo riparto di competenze potesse essere fonte di innumerevoli conflitti tra enti, a causa della quantità e qualità dei problemi che esso era in grado di suscitare¹¹. La Corte, infatti, è stata investita di un numero impressionante di ricorsi delle Regioni contro leggi dello Stato e dello Stato contro leggi delle Regioni¹². In realtà le materie indicate nel nuovo art. 117 non si sono dimostrate in grado di costituire una rigida demarcazione di aree all'interno delle quali un ente è legittimato a legiferare da solo, escludendo la presenza dell'altro¹³. Una stessa

⁷ Cfr. CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione. Aspetti problematici*, in *Le Regioni*, 2001, 1228 ss.

⁸ F. PIZZETTI, *I nuovi elementi unificanti del sistema italiano: il posto della Costituzione e delle leggi costituzionali ed il ruolo dei vincoli comunitari e degli obblighi internazionali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁹ Cfr. M. SCUDIERO, *La legislazione: interessi unitari e riparto della competenza, Relazione al Convegno organizzato dall'ISSIRFA-CNR su Regionalismo in bilico tra attuazione e riforma della riforma*, Roma, Sala del Cenacolo, 30 giugno 2004.

¹⁰ Cfr. A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale*, Milano, 1973; ID., *Chi è il custode dell'interesse nazionale?*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, fasc. 1, 34 ss.; R. BIN, *L'interesse nazionale dopo la riforma: continuità dei problemi, discontinuità della giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, 2001, 1213 ss.

¹¹ Vedi: B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, Torino, 2002; R. BIN, *Le potestà legislative regionali dalla Bassanini ad oggi*, in *Le fonti del diritto regionale alla ricerca di una nuova identità*, Milano, 2001, 129 ss.; ID., *Le potestà legislative regionali, dalla Bassanini ad oggi*, in *Le Regioni*, 2001, 613 ss.; F. CINTIOLI, *I poteri legislativi e le «incerte materie» nella riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Diritto e formazione*, 2002, n. 1; A. RUGGERI - C. SALAZAR, *Le materie regionali tra vecchi criteri e nuovi (pre)orientamenti metodici d'interpretazione*, in *Federalismi.it*, 2003.

¹² Cfr. C. MAGRO, *Il riparto di competenze legislative fra Stato e Regioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale dopo la riforma del Titolo V*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹³ Cfr. A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, 15 ss.; F. CINTIOLI, *I lavori pubblici della riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Urbanistica e appalti*, 2002, 506 ss.; ID., *I poteri legislativi e le "incerte materie" nella riforma del Titolo V della Costituzione*, cit.; D. FOREDINI, *La riforma del Titolo V della Costituzione. Prospettive applicative ed interpretative*, in *Giustizia.it.*, 2002, n. 1; B.

legge, infatti, è suscettibile di incidere contemporaneamente in più ambiti: di potestà statale esclusiva, di potestà ripartita e di potestà regionale residuale, determinando rilevanti problemi in ordine al sistema delle fonti¹⁴. Così, ad esempio, in occasione dell'emanazione della sentenza n. 370 del 2003, la Corte ha avuto modo di rilevare come la disciplina relativa a un unico oggetto, anche abbastanza definito, quale quello degli asili nido, fosse suscettibile di investire materie diverse, quali, ad esempio, l'istruzione o la tutela del lavoro, di competenza diversa, esclusiva statale o concorrente. Ancora, in occasione dell'emanazione della sentenza n. 12 del 2004, avente ad oggetto una norma della finanziaria per l'anno 2002, che prevedeva ausili finanziari per lo sviluppo dell'ippoterapia e per il miglioramento genetico dei trottatori e dei galoppatori, la Corte ha avuto modo di rilevare come la singola disposizione oggetto del suo giudizio investisse ambiti diversi sottoposti a regimi legislativi differenti: l'ippoterapia, trattamento medico, come tale rientrando nella tutela della salute, materia di legislazione concorrente ex art. 117, comma terzo; il miglioramento genetico rientrando invece nella materia dell'agricoltura, di competenza residuale regionale.

Oggi, seppure a distanza di pochi anni, è possibile, attraverso l'esame di un congruo numero di sentenze aventi come parametro normativo di riferimento gli articoli 117 e 118 della Costituzione così come modificati dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, fare alcune considerazioni sugli orientamenti della Corte in relazione al nuovo titolo V. Per quel che qui interessa possiamo rilevare come la Corte si sia fatta carico delle istanze unitarie ben al di là di quanto ci si sarebbe potuti aspettare. E ciò attraverso percorsi diversificati che attraverso una semplificazione possono così riassumersi.

Per quanto riguarda la *potestà esclusiva statale*, la Corte ha precisato che alcune delle materie indicate dall'art. 117 si attecchiano a materie trasversali, potenzialmente in grado di comprimere gli ambiti riservati alla potestà legislativa regionale¹⁵. Ne costituiscono esempi paradigmatici: *la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale* o, ancora, *la tutela della concorrenza* o, ancora, *la tutela dell'ambiente*¹⁶,

CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, cit.; R. BIN, *Le potestà legislative regionali dalla Bassanini ad oggi*, cit., 129 ss.- A livello governativo è stata anche avanzata la proposta di ridurre al minimo, se non sopprimere del tutto, la potestà concorrente; cfr. E. LA LOGGIA, *Titolo V oggi, Titolo V domani e Devolution*, in *Le Regioni tra riforma amministrativa e revisione costituzionale*. Atti dell'VIII Convegno nazionale di Studi Regionali a cura del Consiglio Regionale della Liguria, Maggioli editore, 2002, 123 ss.

¹⁴ Cfr. F. RAGUSA, *Nuovo Titolo V della Costituzione: materie "trasversali" e "titoli di legittimazione per interventi regionali diretti a soddisfare ulteriori esigenze rispetto a quelle di carattere unitario definite dallo Stato"*, in www.diritto.it

¹⁵ Cfr., in tema, F. BENELLI, *La "smaterializzazione" delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano 2006; E. GIANFRANCESCO, *Materie (riparto tra Stato e Regioni)*, in *Diz. dir. pubbl.*, IV (2006), 3597 ss.; P. CAVALERI, *La definizione e la delimitazione delle materie di cui all'art. 117 della Costituzione*, e P. PASSAGLIA, *Osservazioni in tema di definizione e delimitazione delle materie di cui all'art. 117 della Costituzione*, entrambi in AA.VV., *Le competenze normative statali e regionali tra riforme della Costituzione e giurisprudenza costituzionale. Un primo bilancio*, a cura di R. Tarchi, Torino 2006, 27 ss. e 95 ss.

¹⁶ Cfr. C. IUVONE, *Le competenze istituzionali in materia ambientale alla luce della modifica del titolo V della Costituzione*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2003, n. 140/141; M. CECCHETTI, *Riforma del titolo V della costituzione e sistema delle fonti: Problemi e prospettive nella materia "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema"*, in *Rivista Diritto e gestione dell'ambiente*, 2002; M. CECCHETTI, *Legislazione statale e legislazione regionale per la tutela dell'ambiente: niente di nuovo dopo la riforma del Titolo V?*, in *Le Regioni*, 2003, n. 1; FERRARA, *La "materia ambiente" nel testo di riforma del titolo V*, in *Problemi del federalismo*, Milano, 2001; COCCO, *La legislazione in tema di ambiente è a una svolta?*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2002, n. 3-4; CIMITARESE, MATTEUCCI, *Il paesaggio nel nuovo Titolo V, Parte II, della Costituzione*, ivi, 2003, n. 2; S. FOÀ, *La legge regionale sulla tutela dei locali storici è legittima perchè non riguarda "beni culturali" ma "beni a rilevanza culturale". La Corte costituzionale "sorvola" la distinzione tra tutela e valorizzazione in www.federalismi.it*; F. BENELLI, *L'ambiente tra "smaterializzazione" della materia e sussidiarietà legislativa*, ivi; M. BETZU, *L'ambiente nella sentenza della Corte Costituzionale n. 62 del 2005: le pressioni del caso e le*

dell'ecosistema e dei beni culturali¹⁷. Esse sembrano enunciare una finalità piuttosto che circoscrivere un dato settore della legislazione e presentano una intrinseca attitudine ad intrecciarsi con spazi materiali e competenze affidati alle potestà legislative delle Regioni. Proprio perché "trasversali", esprimono un "valore" e sono in grado di viaggiare orizzontalmente nell'ordinamento, abbracciando i più vari interessi e toccando oggetti molto diversi tra loro. Tuttavia, avendo tale capacità espansiva, le materie statali trasversali, secondo la Corte, devono rispettare limiti rigorosi, evitando di comprimere in senso verticale le materie regionali che conservano sempre i loro spazi di attuazione garantiti in Costituzione. In altre parole la trasversalità non deve esaurire ed esaurire del tutto la materia regionale che sia, caso per caso, da essa attraversata. Tuttavia la linea di demarcazione è rimessa caso per caso alla valutazione della Corte la quale indica in che modo ed entro quali limiti lo Stato può comprimere la sfera delle competenze legislative delle Regioni. Così, ad esempio, è la Corte a rilevare come la potestà statale di dettare norme per tutelare l'ambiente non possa impedire l'emanazione di leggi regionali dirette allo stesso fine che disciplinino, ad esempio, l'attività venatoria o la detenzione ed il commercio degli animali esotici o, ancora, la localizzazione e le modalità di costruzione di impianti di emissione elettromagnetica. Ancora, secondo quanto affermato dalla Corte in occasione dell'emanazione della sentenza n. 14 del 2004, la "tutela della concorrenza", materia anch'essa trasversale, consente allo Stato l'emanazione di norme che prevedono strumenti di intervento diretto sul mercato, quale, ad esempio, l'erogazione di contributi in conto capitale per alcuni settori produttivi. Nella misura in cui, però, tali strumenti abbiano, secondo indici concreti, dimensione macroeconomica. Competendo, invece, alle Regioni stabilire interventi di politica economica che si situino al di sotto di questo limite. Nonostante gli sforzi definitivi della Corte resta netta l'impressione che la linea di demarcazione delle potestà statali e regionali sia del tutto indeterminata. Basti pensare, per tornare all'esempio sopra ricordato, quanto possa in concreto risultare difficile stabilire dove si arresti il potere statale nel perseguire finalità di tutela della concorrenza, quando ad un intervento inserito nel contesto di una più ampia manovra economica possa riconoscersi una dimensione macroeconomica e quando no. La categoria delle "materie trasversali", con la loro intrinseca capacità di viaggiare orizzontalmente attraverso le materie concorrenti ed esclusive delle Regioni, fa sì che la linea di confine tra materie di competenza statale e materie di competenza regionale non possa essere fissata una volta per tutte, ma sia "mobile". Con la conseguenza che, venendo meno un quadro assiologico di riferimento che dia certezza ai rapporti tra Stato e Regioni, i dubbi interpretativi, in mancanza di una stanza di compensazione politico-istituzionale che possa risolverli in via preventiva, finiscono per essere fonte di un'accentuata conflittualità. Rimettendo in definitiva alla Corte costituzionale il compito di determinare volta per volta la linea di demarcazione delle competenze legislative costituzionalmente affidate ai due enti.

Una situazione d'incertezza ancora più accentuata di quella sopra segnalata si rileva con riferimento alla *potestà legislativa concorrente*, a proposito della quale le «materie» indicate dall'art. 117 Cost. lungi dall'individuare settori stabili e circoscritti, rappresentano piuttosto l'indicazione di obiettivi e modelli di attività che meglio si adatterebbero a descrivere l'attività amministrativa, anziché la produzione normativa¹⁸. Si pensi, solo per

torsioni del diritto, in *Forum online di Quaderni costituzionali*; I. NICOTRA, *Il principio unitario: una versione aggiornata del vecchio interesse nazionale nella recente giurisprudenza costituzionale*, *ivi*; G. MANFREDI, *La Corte Costituzionale, i rifiuti radioattivi e la sindrome nimby*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2005, n. 3-4; S. CALZOLAIO, *L'ambiente e la riforma del Titolo V (nota breve a due sentenze contrastanti)*, *ivi*; M. GORLANI, *La materia della caccia davanti alla Corte costituzionale dopo la riforma del Titolo V Cost.: ritorna l'interesse nazionale e il "primato" della legislazione statale di principio?*, *ivi*.

¹⁷ M. CAMMELLI, *Decentramento e outsourcing nel settore della cultura: il doppio impasse*, in *Diritto Pubblico*, 2002, n. 2/3; D. NARDELLA, *I beni e le attività culturali tra Stato e Regioni e la riforma del Titolo V*, *ivi*, n. 2.

¹⁸ Cfr. A. PAOLETTI, *Leggi-cornice e Regioni. Crisi di un modello*, Milano 2001.

fare alcuni esempi, all'armonizzazione dei bilanci pubblici, al coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, alla valorizzazione dei beni culturali e ambientali, alla promozione e organizzazione di attività culturali, al sostegno all'innovazione per i settori produttivi. Oltretutto deve segnalarsi come con riferimento a tale potestà la Corte abbia avallato un'interpretazione senz'altro estensiva del concetto di principio fondamentale vincolante per le Regioni rivedendone la nozione classica in funzione della specialità dei singoli casi¹⁹. Solo per fare alcuni esempi di questa "estensione", basti ricordare come la Corte ha qualificato come principi fondamentali: a) le norme relative alla DIA (denuncia di inizio attività) contenute nella c.d. legge obiettivo, in quanto espressive del "principio" che riassume l'intera disciplina sui titoli abilitativi nell'edilizia e che oggi connota la disciplina urbanistica (Corte costituzionale sent. n. 303 del 2003); b) le norme statali sulle soglie di esposizione ammesse per gli impianti elettromagnetici – i c.d. valori di attenzione e obiettivi di qualità – (Corte costituzionale sent. n. 307 del 2003); c) le norme che modificano le sanzioni previste per la violazione del divieto del fumo (Corte costituzionale sent. n. 361 del 2003); d) le norme di modifica del t.u. dell'edilizia con riguardo alla misura-base delle sanzioni pecuniarie determinate dalle Regioni per il ritardato o mancato versamento del contributo di costruzione (Corte costituzionale sent. n. 362 del 2003); e) le norme sul c.d. patto di stabilità interno – le quali impongono vincoli di bilancio alle Regioni ed agli enti locali – e le norme che impongono sempre a Regioni ed enti locali di adottare i prezzi delle convenzioni CONSIP come base d'asta al ribasso per gli acquisti effettuati autonomamente; le une e le altre quali espressioni della disciplina "di principio" sul coordinamento finanziario. Queste sentenze attestano un notevole sforzo interpretativo della Corte che tuttavia non appare idoneo a fissare con un sufficiente grado di chiarezza i limiti che incontra il legislatore statale nel dettare i principi fondamentali della materia di potestà concorrente. Elementi che costituiscono fattore di incertezza nei rapporti tra Stato e Regioni e che inducono l'insorgere di delicati problemi sul piano più generale della certezza del diritto. A questo quadro di incertezza deve aggiungersi la circostanza che la Corte (sentenza n. 13 del 2004), in nome di esigenze di stabilità delle regole e di armonia dell'ordinamento, ritiene che la dichiarazione di incostituzionalità della legge statale invasiva della sfera di competenza regionale debba essere differita al momento del concreto esercizio da parte della Regione della potestà legislativa.

Per quanto riguarda poi la *potestà residuale* delle Regioni, la Corte, facendosi carico della mancanza nel nostro ordinamento (a differenza di quello tedesco o statunitense) di una clausola generale di competenza statale, e con il dichiarato obiettivo di evitare che il perseguimento di un "valore" possa essere affidato ad una disciplina frazionata nel territorio nazionale, ha dato vita ad una giurisprudenza sostanzialmente limitativa degli ambiti di autonomia regionale²⁰. E ciò attraverso una peculiare applicazione del principio di sussidiarietà ed una curiosa inversione del parallelismo fra potestà legislativa regionale (art. 117 Cost.) e funzioni amministrative (art. 118 Cost.). La dottrina della Corte con riferimento all'ambito delle materie residuali delle Regioni (quelle materie non contemplate dallo stesso art. 117 e, quindi, da considerarsi in linea teorica riservate alla potestà legislativa regionale) viene enunciata in occasione dell'emanazione della sentenza n. 303 del 2003 avente ad oggetto la legittimità costituzionale della c.d. legge obiettivo (n. 443 del 2001 e del D. Lgs. n. 190 del 2002 sulle "grandi opere")²¹. In quella occasione la Corte

¹⁹ Cfr. D. FODERINO, *La riforma del titolo V della Costituzione. Prospettive applicative ed interpretative*, in www.giust.it; G. D'ALESSANDRO, *Il nuovo schema di riforma del Titolo V della parte II della Costituzione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

²⁰ Cfr. R. NIRO, *Note minime sulla potestà <<residuale>> delle Regioni ad autonomia ordinaria*, in *Giur. cost.*, 2003, 1855 ss.; A. RUGGERI, *Potestà legislativa primaria e potestà <<residuale>> a confronto (nota minima a Corte cost. n. 48 del 2003)*, in *Giur. it.*, 2003, 1530 ss.

²¹ Cfr. nel Forum di quaderni costituzionali i commenti di: A. MORRONE, Q. CAMERLENGO, E. D'ARPE, F. CINTIOLI. Cfr. pure: S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Le Regioni*, 2004, n. 1; A.

ebbe ad osservare che vi sono interventi legislativi, come la disciplina sulle grandi opere, che, pur non trovando fondamento in alcuna delle materie di potestà esclusiva previste nell'art. 117, comma secondo, della Costituzione, rispondono a un'esigenza di ordine generale, ad *"istanze unitarie che pure in assetti costituzionali fortemente pervasi dal pluralismo istituzionale giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione di competenze (basti pensare al riguardo alla legislazione concorrente dell'ordinamento costituzionale tedesco o alla clausola di supremazia nel sistema federale statunitense)"*. Il percorso attraverso il quale si perviene alla deroga alla normale ripartizione delle competenze si fonda sul meccanismo "dinamico" che l'art. 118 Cost. delinea in tema di potestà amministrative. A norma di tale articolo, infatti, le funzioni amministrative che attengono alla realizzazione delle grandi opere devono essere riservate, per ragioni di esercizio unitario, allo Stato in conformità al principio di sussidiarietà verticale²². Su questo presupposto la Corte ritiene possibile *"per esigenze unitarie attrarre, insieme alla funzione amministrativa anche quella legislativa"*. Il meccanismo di attrazione della potestà legislativa a seguito dell'esercizio unitario della funzione amministrativa è in grado di superare l'apparente tassatività dell'art. 117, comma secondo, determinando un'inversione del parallelismo tra potestà legislativa e funzioni amministrative. In definitiva, la Corte utilizza il principio di sussidiarietà per determinare le potestà legislative della Regione sulla base della considerazione che quando un'attività amministrativa per il suo rilievo non può che esser svolta dallo Stato, è allo Stato che spetta di emanare le leggi per regolarla e organizzarla. Il criterio di determinazione delle potestà diventa, dunque, quello della dimensione degli interessi. Costituisce un corollario, poi, la circostanza che questo tipo di legge statale, sempre secondo la Corte debba comunque prevedere che le funzioni vengano obbligatoriamente esercitate dallo Stato previa intesa con la Regione. La giurisprudenza successiva ha sostanzialmente confermato questo orientamento, ad esempio in materia di coordinamento finanziario effettuato regolando le modalità di accesso al mercato dei capitali degli enti locali (Corte costituzionale sentenza n. 376 del 2003); o in materia di energia, in relazione al c.d. "decreto sblocca centrali" (Corte costituzionale sentenza n. 6 del 2004).

Ben altro approfondimento meriterebbero i problemi cui si è più sopra accennato, tuttavia in questa sede ci sembra possa essere fatta una considerazione di carattere generale, e cioè che gli effetti della riforma del titolo V sull'ambito delle potestà legislative regionali sono stati, almeno sino ad oggi, alla luce della prassi e della giurisprudenza costituzionale, ben al di sotto di quelle che potevano essere le legittime aspettative delle Regioni.

4. Vediamo adesso come può collocarsi nel quadro che abbiamo tentato di delineare la disciplina dei contratti pubblici. Con la precisazione che in ordine a tale materia l'istanza di uniformità di regole assume connotati particolari, testimonianti dalla copiosa normativa proveniente dall'Unione europea, diretta, appunto, ad uniformare quanto più possibile gli ordinamenti degli Stati membri in questo specifico settore. Occorre anzitutto chiedersi se tale disciplina possa identificarsi con una delle materie in relazione alle quali l'art. 117

RUGGERI, *Il parallelismo redivivo e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare) in una storica pronuncia. Nota a Corte costituzionale n. 303 del 2003*, in *Forum a quaderni costituzionali*, 2003; 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 ss.; G. FALCON, *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi articoli 118 e 117 della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, n.1, 384 ss.; G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Diritto pubblico*, 2002, 5 ss.; R. DICKMANN, *La Corte costituzionale attua (ed integra) il Titolo V* (Osservazioni a Corte costituzionale, 1° ottobre 2003, n. 303), in *www.federalismi.it*, n. 12/2003.

²² Cfr. O. CHESSA, *La sussidiarietà (verticale) come <<precepto di ottimizzazione>> e come criterio ordinatore*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2002, 1442 ss.; G. SCACCIA, *Le competenze legislative sussidiarie e trasversali*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 461 ss.

Cost. individua le competenze di Stato e Regioni²³. Su un piano strettamente formale dovrebbe dirsi che non rientrando la “materia” dei contratti pubblici (e nemmeno quella degli appalti pubblici) in nessuna di quelle riservate alla potestà esclusiva dello Stato o a quella concorrente delle Regioni, a norma del quarto comma dell’articolo 117 Cost. (“Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato”) la stessa dovrebbe farsi rientrare tra quelle materie di competenza residuale delle Regioni. Con la conseguenza che la Regione sarebbe l’ente abilitato a legiferare in tale materia, ovviamente negli spazi lasciati liberi dalla normativa comunitaria²⁴. Anche se non sarebbe possibile, secondo la sopra ricordata giurisprudenza della Corte, parlare di potestà esclusiva dal momento che la clausola di attribuzione residuale contenuta nell’articolo 117, comma 4, non qualifica con alcun aggettivo la potestà legislativa regionale nelle materie innominate.

Tuttavia un ragionamento meno formalistico e più aderente alla realtà porta a riconoscere che la disciplina dei contratti pubblici si risolve in una serie di molteplici profili destinati ad essere assorbiti nell’ambito di diverse materie, con conseguente suddivisione della competenza tra gli enti dotati di potestà legislativa a seconda dello specifico profilo considerato. Vale in sostanza quanto affermato dalla Corte nella sentenza n. 303 del 2003 con specifico riferimento ai lavori pubblici, laddove ebbe a rilevare che: *“La mancata inclusione dei lavori pubblici nell’elencazione dell’articolo 117 della Costituzione,....non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni. Al contrario, si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia ma si qualificano a seconda dell’oggetto al quale aderiscono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti”*.

Su questo piano, solo per fare alcuni esempi, deve riconoscersi che alcuni profili di tale disciplina rientrano nella sfera assegnata alla potestà esclusiva dello Stato. Il caso più significativo è la tutela della concorrenza di cui all’articolo 117, secondo comma, lett. e), che riserva al Parlamento il compito di trattare aspetti centrali e talora esaustivi della materia appalti pubblici, quali il contenuto dei bandi di gara, i requisiti di prequalificazione, le regole di pubblicità, la procedure di scelta del contraente, i criteri di aggiudicazione; altri profili della disciplina, quali ad esempio quelli relativi all’esecuzione del contratto, rientrano nella materia ordinamento civile; altri ancora, quali ad esempio la disciplina dell’arbitrato e del contenzioso in genere, rientrano nella materia della giurisdizione. Anche l’oggetto del contratto è, poi, in grado di influenzare il tipo di competenza legislativa: così, solo per fare alcuni esempi, i porti e gli aeroporti civili, le grandi reti di trasporto e di navigazione, l’ordinamento della comunicazione ed il trasporto e distribuzione dell’energia elettrica rientrano tra le materie di potestà concorrente.

Su questo stesso piano si colloca la successiva sentenza 401 del 2007²⁵, con la quale la Corte costituzionale ha chiarito che l’attività contrattuale della pubblica

²³ La dottrina ha posto il problema di verificare la sorte delle leggi statali *ante riforma*, con particolare riferimento a quegli ambiti migrati nella sfera di potestà legislativa esclusiva o concorrente regionale, dopo la riforma del Titolo V. Cfr. F. CINTIOLI, *I lavori pubblici e la riforma del Titolo V della Costituzione*, cit.

²⁴ Ma vedi le considerazioni espresse da: R. TOSI, *La legge costituzionale n. 3 del 2001: note sparse in tema di potestà legislativa ed amministrativa*, in *Le Regioni*, 2001, 1233 ss.; P. CAVALIERI, *La nuova autonomia legislativa delle Regioni*, in *Foro italiano*, 2001, 201 ss.

²⁵ Su tale pronuncia cfr., tra gli altri, R. DE NICIOLIS, *I principi espressi dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 401/2007*, in www.federalismi.it; 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 www.neldiritto.it; R. BIN, *Alla ricerca della materia perduta*, in www.forumcostituzionale.it e, *ivi*, A. VENTURI, *La “tutela della concorrenza”: da “valore-materia” a “materia-valore”. La Corte conferma il riparto Stato-Regioni operato dal codice De Lise*.

amministrazione “non può identificarsi in una materia a sé, ma rappresenta, appunto, un’attività che inerisce alle singole materie sulle quali essa si esplica”²⁶.

In definitiva il nuovo titolo V della Costituzione non consente di individuare in modo puntuale le reciproche competenze legislative di Stato e Regioni in materia di contratti pubblici.

Rimane fermo, tuttavia, che gli ambiti di competenza regionale subiscono notevoli limitazioni con l'esercizio della potestà legislativa esclusiva dello Stato, in particolar modo se questo legiferare opera nelle materie che qualcuno ha definito "non materie"²⁷ e che la giurisprudenza costituzionale ha definito come "materie trasversali".

Il codice si occupa della ripartizione delle competenze legislative (residue rispetto a quanto stabilito dal codice stesso) tra Stato, Regioni e Province autonome all'art. 4 .

Il primo comma dell'art. 4 ci sembra del tutto pleonastico, in quanto si limita a ripetere il contenuto dell'art. 117 Cost. (*Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano esercitano la potestà normativa nelle materie oggetto del presente codice nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e delle disposizioni relative a materie di competenza esclusiva dello Stato*), e per quel poco che di innovativo presenta, del tutto irragionevole laddove non ripete il vincolo dei trattati internazionali e della Costituzione.

Il secondo comma (*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*), attraverso la tecnica dell'autoqualificazione, è diretto a conferire ad alcune norme dello stesso codice il valore di principi fondamentali, vincolanti per la potestà ripartita delle Regioni. La circostanza che alcune delle materie disciplinate dal codice siano considerate in particolare può legittimare, poi, una differenziazione tra le stesse²⁸.

Il terzo comma (*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*) ha lo scopo di definire gli ambiti della disciplina “coperti” dalla potestà legislativa esclusiva dello Stato²⁹. Per alcuni di tali ambiti è facile la

²⁶ Sentenza 401 del 2007, punto 3 del considerato in diritto.

²⁷ A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, cit., 15 ss.

²⁸ Di recente la Corte costituzionale si è occupata della legittimità costituzionale del secondo comma dell'art. 4 in occasione della sentenza 401 del 2007: Con tale sentenza la Corte ha deciso questioni diverse poste da più Regioni. Una questione relativa ad un preteso contrasto con l'art. 97 Cost., promossa dalle Regioni Lazio e Abruzzo; una relativa ad un preteso contrasto con gli artt. 117 e 118 Cost., promossa dalle Regioni Toscana, Veneto, Piemonte, Lazio e Abruzzo; una relativa ad un preteso contrasto con l'art. 76 Cost. e con il principio di leale collaborazione posto dalle Regioni Lazio, Abruzzo e Veneto.

²⁹ In occasione della sopra richiamata sentenza la Corte costituzionale si è altresì occupata di questioni di legittimità costituzionale anche con riferimento al terzo comma dell'art. 4 proposte dalla Regione Trentino Alto-Adige con riferimento allo Statuto della stessa Regione ed alle sue norme di attuazione. Così pure ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale promosse, con riferimento agli artt. 76, 97, 117

collocazione in materie indicate nell'art. 117, secondo comma, Cost.- La qualificazione e selezione dei concorrenti, le procedure di affidamento, i criteri di organizzazione, ad esempio, è logico che rientrino nella materia della tutela della concorrenza. Così come il contenzioso rientra nella giurisdizione. Più incerta la definizione di altri settori, quali: il subappalto, la direzione dei lavori, la progettazione, il collaudo.

Il quarto comma (*Nelle materie di competenza normativa regionale, concorrente o esclusiva, le disposizioni del presente codice si applicano alle Regioni nelle quali non sia ancora in vigore la normativa di attuazione e perdono comunque efficacia a decorrere dalla data di entrata in vigore della normativa di attuazione adottata da ciascuna regione*), vale a sancire un principio già da tempo accolto dalla giurisprudenza costituzionale: quello della continuità dell'ordinamento, per il quale, proprio per evitare vuoti normativi, la normativa statale è destinata a spiegare effetti su tutto il territorio nazionale, anche negli spazi riservati alla potestà legislativa regionale. Salva la possibilità per le Regioni di sostituire, legiferando, le proprie norme a quelle statali. Una curiosità di tale disposizione è data dal riferimento alla potestà regionale esclusiva della quale, come sopra ricordato, la giurisprudenza della Corte nega l'esistenza.

Il quinto comma (*Le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione*) ci sembra una disposizione equivoca a meno che non esprima l'intenzione di qualificare le norme del codice come principi generali dell'ordinamento, come tali vincolanti anche per le Regioni a statuto speciale.

Volendo trarre una prima conclusione possiamo senz'altro rilevare che le disposizioni del codice, per le ragioni di cui abbiamo dato conto, hanno contribuito in misura senz'altro considerevole ad incrementare il già notevole contenzioso tra Stato e Regioni.

5. In questo quadro viene a collocarsi la pronuncia che si commenta.

In particolare, già nella sentenza 401 del 2007 la Corte aveva avuto modo di chiarire che l'individuazione degli ambiti materiali di competenza statale e regionale devono individuarsi di volta in volta con riferimento sia alla fase procedimentale che precede la stipulazione del contratto di appalto sia alla fase successiva inerente all'attuazione del rapporto contrattuale. Con l'ulteriore precisazione che, per quanto riguarda la procedura di evidenza pubblica, il titolo di legittimazione prevalente che viene in rilievo è dato dalla concorrenza, di competenza legislativa esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost. All'ambito in questione, ha chiarito ancora la Corte, vanno ricondotte le misure *antitrust*; le misure volte ad assicurare la concorrenza "nel mercato", vale a dire tutte quelle disposizioni di promozione che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura e gli interventi diretti ad assicurare la concorrenza "per il mercato", ossia le disposizioni che intendono assicurare procedure concorsuali di garanzia strutturate in modo da garantire la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici³⁰.

Proprio queste ultime disposizioni hanno costituito, nel caso di specie, oggetto dell'attenzione della Corte. In particolare, le prescrizioni in questione disciplinavano la fase procedimentale prodromica alla stipulazione del contratto e, sul piano comunitario, tendevano a tutelare i principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi; sul piano interno, le stesse previsioni erano funzionali anche a tutelare i principi di buona amministrazione, di imparzialità e il perseguimento dell'interesse pubblico sotteso alle procedure di gara. La Corte ha poi chiarito che, riguardo alla fase negoziale, che prende avvio con la stipulazione del contratto, l'amministrazione assume una posizione tendenzialmente paritaria rispetto alla

e 118 Cost., nonché al principio di leale collaborazione, dalle Regioni Veneto, Toscana, Piemonte, Lazio e Abruzzo.

³⁰ Sentenza 401 del 2007, punto 6.7 del considerato in diritto.

controparte ed agisce soltanto nell'esercizio della propria autonomia negoziale. Pertanto, la disciplina di tale fase rientra nella materia dell'"ordinamento civile", di potestà esclusiva del legislatore statale. L'esigenza rilevante è infatti quella di garantire la piena attuazione del principio di eguaglianza, assicurando l'uniformità di trattamento, su tutto il territorio nazionale, della disciplina dei momenti di conclusione ed esecuzione dei contratti d'appalto. Il che non significa, tuttavia, come ha specificato il giudice delle leggi ancora nella sentenza 401 del 2007, che "non possano residuare in capo all'autorità procedente poteri pubblici riferibili, tra l'altro, a specifici aspetti organizzativi afferenti alla stessa fase esecutiva"; e ciò "in relazione a peculiari esigenze di interesse pubblico"³¹.

In tale quadro, in riferimento agli spazi riconosciuti alla competenza regionale, e con particolare riguardo alla normativa inerente della procedura di evidenza pubblica, la Corte ha evidenziato, nella stessa sentenza, come nel settore degli appalti la tutela della concorrenza, nella parte in cui essa è volta ad assicurare procedure di garanzia, si caratterizza per il particolare modo di operare della sua "trasversalità": la interferenza con le competenze regionali non si traduce in "un intreccio in senso stretto" ma determina "la prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa". Pertanto, la fase della procedura di evidenza pubblica, riconducibile alla tutela della concorrenza, potrà essere disciplinata interamente dal legislatore statale, anche se nel rispetto dei principi di proporzionalità ed adeguatezza.

Alle Regioni spetta la possibilità di disciplinare le fasi procedurali attinenti a materie di propria competenza, nonché quegli specifici settori oggetto della suddetta procedura che rientrino in ambiti materiali di competenza delle stesse Regioni. Per non vanificare del tutto le competenze di queste ultime, si consente loro di produrre norme (sempre riconducibili alle anzidette competenze) in grado di produrre "effetti proconcorrenziali", a patto che tali effetti "siano indiretti e marginali e non si pongano in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che tutelano e promuovono la concorrenza"³².

Sulla base di tali premesse la Corte ha dichiarato, innanzitutto, l'illegittimità costituzionale dell'art. 27, comma 1, lettere l), p), t), punti 1 e 5, della legge della Regione Campania 30 gennaio 2008, n. 1 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della Regione Campania – legge finanziaria 2008*), per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettere e) ed l) Cost³³.

La lettera l) del suddetto articolo, nel modificare l'art. 30, comma 5, della legge n. 3 del 2007, consentiva il ricorso all'istituto dell'avvalimento solo riguardo agli appalti di importo uguale o superiore alla soglia comunitaria, in contrasto con quanto previsto dagli art. 49 e 121 del d.lgs. n. 163 del 2006, che invece consentono il ricorso al suddetto istituto anche per i contratti aventi per oggetto lavori, servizi e forniture di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, con conseguente violazione della competenza statale in materia di ordinamento civile.

La Corte ricorda, innanzitutto, che già, con la sentenza n. 401 del 2007, si è precisato che anche in presenza di un appalto sotto-soglia, devono comunque rispettarsi i principi fondamentali del Trattato idonei a consentire l'esercizio di un potere conforme ai

³¹ Sentenza 401 del 2007, 6.8 del considerato in diritto.

³² Sentenza 431 del 2007, punto 5 del considerato in diritto.

³³ La Corte ha anche dichiarato, in via consequenziale, l'illegittimità dell'art. 20, comma 2, della legge regionale n. 3 del 2007, che, "con norma inscindibilmente connessa a quella dichiarata costituzionalmente illegittima", prevede che "le stazioni appaltanti, nella predisposizione degli atti di gara relativi a contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, escludono la possibilità di ricorso all'istituto dell'avvalimento di cui agli artt. 49 e 50 del Codice e successive modificazioni" (sentenza 160 del 2009, punto 4 del considerato in diritto).

canoni della parità di trattamento, della trasparenza e della pubblicità, funzionalmente alla garanzia di un assetto concorrenziale del mercato. La direttiva comunitaria 2004/18, prosegue il giudice delle leggi, ha previsto, inoltre, per tutti gli appalti, che “l’aggiudicazione negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del Trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza”³⁴. Il che implica che la distinzione tra “contratto sotto-soglia” e “contratti sopra-soglia” non può costituire un criterio utile per l’individuazione dell’ambito materiale di tutela della concorrenza: “Tale ambito – afferma la Corte – ha, infatti, una portata che trascende ogni rigida e aprioristica applicazione di regole predeterminate dal solo riferimento, come nella specie, al valore economico dell’appalto. Anche un appalto che si pone al di sotto della rilevanza comunitaria può giustificare un intervento unitario da parte del legislatore statale”³⁵. Pertanto, si deve riconoscere la legittimazione dello stesso legislatore statale a disciplinare l’istituto secondo le modalità degli appalti di rilevanza comunitaria.

Quanto all’istituto dell’avvalimento, in base all’indicazione delle caratteristiche dell’istituto si evince che la finalità perseguita dal legislatore statale, coerentemente con le prescrizioni comunitarie, sia quella di consentire a soggetti, privi dei requisiti di partecipazione, di concorrere grazie all’ausilio di un’altra impresa, dotata dei necessari requisiti, purché ricorrano le condizioni indicate dall’art. 49 del Codice degli appalti.

L’effetto è quello di ampliare la partecipazione delle imprese alle procedure concorsuali, garantendo, in tal modo, una maggiore tutela delle libertà comunitarie e dei principi di buon andamento e imparzialità dell’azione amministrativa. Un ruolo decisivo per la riconduzione della normativa sull’avvalimento nell’ambito della tutela della concorrenza spetta, dunque, all’analisi del dato finalistico.

Non tutti i profili della disciplina dell’avvalimento, tuttavia, rientrano in tale ambito materiale; la Corte chiarisce che altri – come quelli inerenti agli obblighi assunti dall’impresa ausiliaria “verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell’appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente” (art. 49, comma 2, lettera *d*); o quelli inerenti al “contratto in virtù del quale l’impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell’appalto” (art. 49, comma 2, lett. *f*) – rientrano nella materia dell’ordinamento civile, comunque di competenza esclusiva dello Stato.

Pertanto, la Regione non può adottare, in riferimento a tali aspetti, una disciplina difforme da quella nazionale.

La Corte ha poi dichiarato l’illegittimità dell’art. 27, comma 1, lettera *p*), della legge regionale n. 1 del 2008, che, modificando l’art. 38, comma 5, lettera *b*), della legge regionale n. 3 del 2007, ha riconosciuto la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata senza la previa pubblicazione del bando nell’anno successivo alla stipulazione del contratto iniziale nell’ipotesi di nuovi servizi consistenti nella ripetizione dei servizi analoghi già affidati all’operatore economico aggiudicatario.

Il giudice delle leggi rileva, al riguardo, che la competenza statale in materia di tutela della concorrenza copre anche la disciplina delle procedure negoziate, poiché “la indicazione [...] dei rigorosi presupposti che autorizzano il ricorso a tali procedure si inserisce in un ambito di disciplina unitario finalizzato ad assicurare un sistema di tutela

³⁴ Sentenza 160 del 2009, punto 4 del considerato in diritto.

³⁵ Sentenza 160 del 2009, punto 4 del considerato in diritto.

uniforme sull'intero territorio nazionale, che consenta la deroga ai normali metodi di gara soltanto in presenza delle condizioni puntualmente individuate dal legislatore statale³⁶.

La norma annullata, che interveniva nella materia della tutela della concorrenza, si poneva in contrasto con la normativa nazionale in materia e, in particolare, da un lato, con l'art. 57, comma 5, lettera b), del d.lgs. n. 163 del 2006, ove prevede il più ampio termine di tre anni dalla stipulazione del contratto originario per potere ricorrere a tale metodo di affidamento dei lavori, e, dall'altro, con l'art. 4, comma 3, dello stesso decreto, che attribuisce allo Stato il compito di individuare le procedure di affidamento.

Il giudice delle leggi ha, poi, dichiarato illegittimo anche l'art. 27, comma 1, lettera t), punto 1, della legge regionale n. 1 del 2008, il quale stabiliva che le stazioni appaltanti, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, "prevedono nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia".

Tale norma violava, infatti, la competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, in considerazione di quanto previsto dall'art. 122, comma 9, del d.lgs. n. 163 del 2006, secondo cui ricorrendo le suddette condizioni, la stazione appaltante ha la facoltà e non l'obbligo di procedere all'esclusione automatica.

La Corte ricorda di avere già precisato, in riferimento al procedimento di verifica e di esclusione delle offerte "anormalmente basse" fondato sul rispetto del principio del contraddittorio, che tale principio, previsto dal diritto comunitario, è "finalizzato, da un lato, a verificare se, in ipotesi, l'impresa non si trovi nelle condizioni di garantire in maniera efficace il risultato perseguito dall'amministrazione ad un prezzo più basso rispetto a quello che sono in grado di offrire le altre imprese; dall'altro, non consentendo provvedimenti di esclusione automatica [...], a perseguire l'obiettivo della più ampia partecipazione degli operatori economici alle procedure di gara"³⁷.

In tale procedimento di verifica in contraddittorio delle offerte anomale assume, pertanto, preminenza "la finalità di informare il procedimento stesso alle regole della concorrenza nella fase di scelta del contraente". Siffatta competenza sussiste, chiarisce ora la Corte, anche riguardo alla disciplina della procedura di verifica delle offerte anomale nell'ambito degli appalti sotto la soglia di rilevanza comunitaria.

Il giudice delle leggi ha dichiarato illegittimo, infine, anche l'art. 27, comma 1, lettera t), punto 5, della legge regionale n. 1 del 2008, poiché tale norma, disciplinando la qualificazione dei concorrenti, violava ancora una volta la potestà normativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, predisponendo una regolamentazione difforme da quella prevista dall'art. 40 del d.lgs. n. 163 del 2006.

6. La sentenza 160 del 2009 conferma quanto già la Corte aveva precisato, riguardo al settore normativo dei contratti pubblici, nella sentenza 401 del 2007 e consolida la ridefinizione complessiva delle competenze legislative in tale ambito materiale, operata dalla suddetta pronuncia.

Slegata la disciplina in discorso dall'interesse dell'amministrazione, essa viene quasi integralmente ricondotta entro l'alveo della tutela della concorrenza, sulla base di quel "criterio della prevalenza" introdotto per la prima volta con la sentenza 370 del 2003³⁸.

Quel che non rientra nell'ambito della tutela della concorrenza ricade nella materia dell'ordinamento civile, sicché lo spazio che residua per la competenza legislativa regionale è, in tale campo, davvero esiguo. Esso si riduce solo a specifici aspetti organizzativi che riguardano la fase esecutiva dei contratti d'appalto.

³⁶ Sentenza 160 del 2009, punto 5 del considerato in diritto.

³⁷ Sentenza 401 del 2007, punto 14 del considerato in diritto.

³⁸ Cfr. per tutti R. BIN, *Alla ricerca della materia perduta*, cit., par. 2.

La ridefinizione delle competenze legislative statali e regionali in tale ambito è stata fortemente influenzata, come si è visto, proprio dal peso del diritto comunitario, che richiede una regolamentazione uniforme, tale da consentire una piena ed omogenea attuazione dei principi comunitari in materia di concorrenza.

L'istanza unificante sottesa alla disciplina comunitaria cui la normativa statale ha inteso dare attuazione induce a riflettere sul rapporto tra esigenze di certezza del diritto e tutela delle autonomie.

Si conferma, per un verso, l'insufficienza del criterio di distribuzione delle competenze legislative fondato sulla distinzione delle materie, non soltanto perché inadeguato a fronteggiare la straordinaria complessità ed eterogeneità degli interessi che richiedono regolamentazione giuridica, ma anche perché non sempre in grado di assecondare le istanze di uniformità ed omogeneità di disciplina correlate alla garanzia dei diritti e dei principi costituzionali e comunitari. E a fronte delle carenze del quadro costituzionale di riferimento, le soluzioni adottate dalla Corte costituzionale appaiono, nel complesso, apprezzabili.

L'esame della giurisprudenza inerente alla disciplina sugli appalti pubblici non sembra ispirata da una concezione "centralistica" della distribuzione delle funzioni legislative; essa, piuttosto, soddisfa esigenze di regolamentazione unitaria e stabile che spesso risultano sacrificate a favore di un'esasperata affermazione del principio di autonomia.

Quest'ultimo, infatti, dovrebbe essere inteso, anche nel quadro del novellato Titolo V della Costituzione, non già come un valore a sé, alieno dalla trama complessiva dei valori costituzionali, bensì "strumentale" rispetto a questi ultimi, nel senso che il riconoscimento dell'autonomia (anche di quella degli enti territoriali) dovrebbe servire alla migliore attuazione possibile di tutti quei principi la cui garanzia consente lo sviluppo della stessa personalità umana. Soltanto in tale prospettiva è possibile conciliare armonicamente certezza del diritto e tutela dell'autonomia.

* Professore straordinario di Diritto costituzionale presso l'Università "Magna Græcia" di Catanzaro – falzea@unicz.it