

STUDI IN ONORE DI  
CLAUDIO ROSSANO

VOLUME TERZO

ESTRATTO



JOVENE EDITORE  
NAPOLI 2013

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2013

ISBN 978-88-243-2220-1

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI NA - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

website: [www.jovene.it](http://www.jovene.it) email: [info@jovene.it](mailto:info@jovene.it)

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

ROBERTO CARANTA

## IL RIPARTO DI COMPETENZE LEGISLATIVE IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI

### 1. *Prima della riforma del Titolo V*

In base al previgente testo dell'art. 117 Cost., le Regioni a statuto ordinario avevano competenza legislativa concorrente in materia di “lavori pubblici di interesse regionale”<sup>1</sup>.

Lo spazio realmente lasciato alle Regioni è stato tuttavia limitatissimo. Il legislatore statale, ad esempio nell'art. 1, 1° comma, l. 11 febbraio 1994, n. 109, la *legge Merloni I*, non ha mancato di qualificare quali «*norme fondamentali di riforma economico-sociale e principi della legislazione dello Stato*» le disposizioni di tempo in tempo emanate<sup>2</sup>.

La Corte costituzionale ritenne illegittima la disposizione ora ricordata nella misura in cui essa si riferiva alle norme della legge *Merloni I*, anziché ai principi da essa desumibili<sup>3</sup>, e l'art. 9, primo comma, della *Merloni III* ha provveduto a modificare il testo della disposizione introducendo il riferimento ai principi<sup>4</sup>.

### 2. *La riforma del Titolo V*

La legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, “Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione” in teoria ha profondamente modificato la suddivisione delle competenze tra Stato e Regioni, innanzitutto per quanto riguarda proprio il potere normativo<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> La materia ha attirato per tempo l'attenzione del Maestro cui è dedicato il presente scritto: C. ROSSANO, *I lavori pubblici nel quadro della legge costituzionale n. 3 del 2001*, in *Riv. trim. appalti*, 2002, 503.

<sup>2</sup> Si vedano G. ABBAMONTE, in A. ANGELETTI (dir.), *La riforma dei lavori pubblici*, cit., 6 ss., e F. CARINGELLA, in F. CARINGELLA (cur.), *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, Milano, IPSOA, 1999, 14 ss.

<sup>3</sup> C. cost., 7 novembre 1995, n. 482, in *Regioni*, 1996, 373, con nota di G. MORBIDELLI, *Esiste ancora la materia «lavori pubblici di interesse regionale»? Ovvero, dal regionalismo «cooperativo» al regionalismo vigilato*; in *Riv. trim. appalti*, 1995, 75, con note di L. ANELLI, *L'art. 1, secondo comma, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 482 del 7 novembre 1995*, di S. NICODEMO, *I lavori pubblici tra legislazione statale e regionale*, e di D. SENZANI, *La programmazione dei lavori pubblici dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 482 del 1995*.

<sup>4</sup> Si veda ancora F. CARINGELLA, *op. ult. cit.*, 16 s.

<sup>5</sup> Con specifico riferimento alle problematiche esaminate in questa sede si vedano, oltre a F. CINTIOLI, *I lavori pubblici e la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Urbanistica e appalti*, 2002, 507, e O.M. CAPUTO, *La riforma del Titolo V della Costituzione, interesse nazionale e «legge obietti-*

Mentre in base al previgente testo dell'art. 117 Cost. le Regioni avevano competenza solo in materie determinate (tra le quali figuravano le opere di interesse regionale), la competenza legislativa esclusiva dello Stato, e quella concorrente di Stato e Regioni, sono ormai un'eccezione: la regola è la competenza delle Regioni<sup>6</sup>.

I contratti degli enti pubblici non rientrando in alcuna delle materie «riservate», potenzialmente ricadrebbero per la loro disciplina nella competenza legislativa esclusiva delle Regioni<sup>7</sup>.

Alcuni profili, più che dei contratti pubblici, della realizzazione di opere pubbliche, sono però sicuramente interessati dalla clausola di competenza legislativa statale esclusiva di cui all'art. 117, 2° comma, lett. s), Cost. («*tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali*»); analogo discorso sembra valere rispetto ad alcune materie di competenza legislativa concorrente, individuate dall'art. 117, 3° comma, Cost., quali: «*governo del territorio; porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto e di navigazione; ordinamento della comunicazione; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*»; in altri termini, rientrano nella competenza legislativa concorrente le grandi opere infrastrutturali<sup>8</sup>.

Sulla base sia del testo che della *ratio* conclamata della riforma costituzionale, tesa ad accentuare le competenze anche normative delle Regioni, si era potuto sostenere che «le Regioni potranno disciplinare interamente la materia dei lavori pubblici, dettando sia norme di principio che di dettaglio, esclusivamente in quegli ambiti che non debbano a loro volta ritenersi assorbiti nelle materie elencate dall'art. 117, 3° comma, Cost. In questi casi, infatti, le Regioni avranno la possibilità di definire le sole norme di dettaglio, uniformandosi ai principi fondamentali della legislazione statale»<sup>9</sup>.

*vo*», in *Urbanistica e appalti*, 2002, 625; F. CINTIOLI, *Le fonti interne di disciplina (leggi, regolamenti, capitolati)*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS e R. GAROFOLI (curr.), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008, vol. I, 109; A. MASSERA, *I contratti*, cit., 1566; A. VIGNUDELLI, *La disciplina della finanza di progetto dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2005, in part. 491 ss.; G. BERGONZINI, *La potestà legislativa regionale in materia di procedure di affidamento degli appalti di lavori pubblici*, in *Dir. reg.*, 2002, 819 ss.; C. ROSSANO, *I lavori pubblici nel quadro della legge costituzionale n. 3 del 2001*, cit., e A. CARULLO, *L'accrescimento della competenza legislativa della Regione in materia di lavori pubblici dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Riv. trim. appalti*, 2002, 623 ss., nonché gli scritti raccolti nel volume *Titolo V della Costituzione ed opere pubbliche*, Bologna, SPISA, 2003; in relazione ad un tema specifico, D.M. TRAINA, *Verso il recepimento delle direttive sugli appalti pubblici: il dialogo competitivo (e di alcuni problemi circa la competenza delle Regioni)*, in *Riv. It. dir. pubbl. comunitario*, 2005, in part. 1791 ss.; sulla questione dei rapporti tra potestà regionali e diritto comunitario F. PIZZETTI, *Le «nuove» Regioni italiane tra Unione europea e rapporti esterni nel quadro delle riforme costituzionali della XIII legislatura. Nuovi problemi, compiti e opportunità per il potere statutario delle Regioni e per il ruolo del legislatore statale e regionale*, in *Regioni*, 2001, 803 ss.

<sup>6</sup> La disciplina previgente è analizzata da O.M. CAPUTO, *La riforma del Titolo V della Costituzione*, cit., 625 s.

<sup>7</sup> M. GALLI, *Attività contrattuale della Pubblica Amministrazione*, cit., 12.

<sup>8</sup> F. CARULLO, *I lavori pubblici e la riforma del Titolo V della Costituzione*, cit., 507 s.

<sup>9</sup> G. BERGONZINI, *La potestà legislativa regionale in materia di procedure di affidamento degli appalti*, cit., 824.

### 3. *La meno recente giurisprudenza della Corte costituzionale*

La Corte costituzionale ha tuttavia adottato una lettura del testo costituzionale sostanzialmente restauratrice dello *status quo ante*<sup>10</sup>.

Per quanto riguarda la realizzazione delle opere pubbliche, ed in particolare delle grandi infrastrutture, la Corte rilevò che i testi normativi statali allora oggetto di impugnazione da parte delle Regioni investivano «solo materie di potestà statale esclusiva o concorrente [...]». Ed è opportuno chiarire fin d'ora, anche per rendere più agevole il successivo argomentare della presente sentenza, che la mancata inclusione dei “lavori pubblici” nella elencazione dell'art. 117 Cost., diversamente da quanto sostenuto in numerosi ricorsi, non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni<sup>11</sup>. «Al contrario», continuò la Corte, «si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti»<sup>12</sup>.

In altri termini, i lavori pubblici non costituirebbero una materia a sé stante, ma verrebbero attratti dal “livello” territoriale di interesse a cui accedono in applicazione del principio di sussidiarietà<sup>13</sup>.

Si tratta di discriminine non agevolmente individuabile in concreto. Si dovrà peraltro escludere, secondo l'insegnamento di una decisione coeva, se pur resa in applicazione del previgente testo dell'art. 117 Cost., che «il criterio del finanziamento

<sup>10</sup> C. cost., 1° ottobre 2003, n. 303, in *Giur. it.*, 2004, 1567 nota di I. MASSA PINTO, *Nota in margine alla sentenza n. 303 del 2003 della Corte costituzionale: una “opinione concorrente”*; in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 29, con nota di R. DICKMANN, *I principi di sussidiarietà e di proporzionalità ed il principio dell'intesa per un corretto metodo della legislazione statale di attrazione di funzioni amministrative regionali*; in *Urb. e appalti*, 2003, 1399, con nota di O.M. CAPUTO, *Il federalismo collaborativo salva la «legge obiettivo»*; *ivi*, 2004, 295, con nota di G. MANFREDI, *Standard ambientali di fonte statale e poteri regionali in tema di governo del territorio*; in *Foro it.*, 2004, I, 1003, con note di F. FRACCHIA, *Dei problemi non (completamente) risolti dalla Corte costituzionale: funzioni amministrative statali nelle materie di competenza regionale residuale, norme statali cedevoli e metodo dell'intesa*, e di R. FERRARA, *Unità dell'ordinamento giuridico e principio di sussidiarietà: il punto di vista della Corte costituzionale*.

<sup>11</sup> Punto 2.3. della motivazione; anche sotto questo profilo la Corte pare riprendere la posizione di G. MORBIDELLI, *La localizzazione e la realizzazione delle infrastrutture*, cit., 51 s.

<sup>12</sup> Ancora il punto 2.3. della motivazione; si veda anche il punto 5, *in fine*: «Si è dunque in presenza di una disciplina particolarmente complessa che insiste su una pluralità di materie, tra loro intrecciate, ascrivibili non solo alla potestà legislativa concorrente ma anche a quella esclusiva dello Stato (ad esempio la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema)», nonché, in termini analoghi, il punto 25, peraltro relativo agli interventi edilizi; con riguardo a tale area verrebbero in luce “ambiti di legislazione” che non integrano una “vera e propria materia”, qualificandosi a seconda dell'oggetto al quale afferiscono, ragione per cui essi possono essere ricondotti alla potestà legislativa esclusiva dello Stato ovvero alla potestà concorrente»; criticamente A. RUGGERI - C. SALAZAR, *Le materie regionali tra vecchi criteri e nuovi (pre)orientamenti metodici*, cit., 13.

<sup>13</sup> Si veda anche, oltre a C. cost., 26 gennaio 2004, n. 36, in *Giur. cost.*, 2004, 497, con nota di C. PINELLI, *Patto di stabilità interno e finanza regionale*, e in *Giur. it.*, 2004, 1056, con nota di R. CARRANTA, *Appalti pubblici ed opere pubbliche tra competenza statale e competenza regionale*; C. cost., 13 gennaio 2004, n. 9, in *Regioni*, 2004, 956, la quale, ribadito che «i lavori pubblici non costituiscono una materia», provvede a ricondurre alla materia di competenza esclusiva dello Stato *ex art. 117, commi 2, lett. s)*, e 6, Cost., la disciplina regolamentare in materia di requisiti per ottenere la qualifica di “restauratore” ai fini della partecipazione alle gare di appalto di lavori pubblici relative a beni culturali.

prevalente sia suscettibile di trasferire un'opera pubblica dalla sfera di competenza regionale a quella statale»<sup>14</sup>.

Quanto importa rilevare, tuttavia, è che la Corte fa riferimento all'art. 118 Cost., non tanto per affermare l'esistenza di spazi di competenza concorrente, il che non si presenterebbe a particolari obiezioni, ma per sostenere l'esistenza di una competenza legislativa, regolamentare ed amministrativa *sui generis*<sup>15</sup>.

La giurisprudenza successiva, piuttosto che alla "chiamata in sussidiarietà", solo raramente invocata, fa riferimento alla clausola di attribuzione di competenza esclusiva statale di all'art. 117, c. 2, lett. e), in particolare per il riferimento portato alla "tutela della concorrenza"<sup>16</sup>.

Anche a tale clausola la Corte costituzionale – *et pour cause* – ha dato inizialmente una portata straordinariamente ampia. Il *leading case* non riguardava la materia dei contratti pubblici. Un certo numero di Regioni avevano impugnato numerose disposizioni della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (legge finanziaria 2002) che attribuivano allo Stato il potere di concedere un certo numero di sovvenzioni. Secondo la Corte, che inopinatamente trasferisce a livello europeo principi di "socialismo giuridico" che hanno caratterizzato una fase passata dell'elaborazione giuridica nazionale «i principî comunitari del mercato e della concorrenza [...] non sono svincolati da un'idea di sviluppo economico-sociale e sarebbe errato affermare che siano estranei alle istituzioni pubbliche compiti di intervento sul mercato. Se è vero», prosegue la Corte, «che sono incompatibili con il mercato comune gli aiuti pubblici, sotto qualsiasi forma concessi, che falsino o minaccino di falsare la concorrenza, è altrettanto vero che le deroghe ai divieti di aiuti, regolate in principio dall'art. 87, paragrafi 2 e 3, del Trattato CE, sono a loro volta funzionali alla promozione di un mercato competitivo. Esse sono guardate con favore ed anzi propiziate dalla stessa Comunità quando appaiono orientate ad assecondare lo sviluppo economico e a promuovere la coesione sociale»<sup>17</sup>. «Nel diritto comunitario», sem-

<sup>14</sup> C. cost., 1° ottobre 2003, n. 302, in *Urbanistica e appalti*, 2004, 23, con nota di M. BALDI, *Sistemi di qualificazione e competenze regionali*, punto 5.1. della motivazione.

<sup>15</sup> Allo stesso fine di ampliamento della competenza statale è stata richiamata l'ulteriore clausola di competenza concorrente dell'«armonizzazione dei bilanci pubblici»: si veda il punto 7 della motivazione di C. cost., 29 gennaio 2004, n. 49, in *Giur. it.*, 2004, 1056, con nota di R. CARANTA, *Appalti pubblici ed opere pubbliche tra competenza statale e competenza regionale*; si vedano anche C. cost., 26 gennaio 2004, n. 36, cit., in part. punto 6, sui vincoli alla crescita della spesa corrente, e punto 7, sull'uso dei prezzi risultanti dalle convenzioni stipulate dalla CONSIP, e C. cost., 14 novembre 2005, n. 417, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 414, con nota di A. BRANCASI, *La Corte costituzionale delimita l'ambito del coordinamento della finanza pubblica*, ancora in materia di contratti pubblici.

<sup>16</sup> Più in generale R. CARANTA, *Prime correzioni di rotta della Corte costituzionale in materia di tutela della concorrenza?*, in *le Regioni*, 2008, 634.

<sup>17</sup> C. cost., 13 gennaio 2004, n. 14, in *Regioni*, 2004, 990, con note di R. CARANTA, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione*, e di F. PIZZETTI, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma?*; in *Giur. it.*, 2004, 459, con nota di S. CALZOLAIO, *Tutela della concorrenza o concorrenza sotto tutela?*, ed *ivi*, 2234, nota di V. TALIENTI, *Le politiche statali di sostegno del mercato alla luce del diritto comunitario e delle competenze legislative regionali nel nuovo Titolo V, Parte II, della Costituzione, con particolare riferimento alla «tutela della concorrenza»*; in *Giur. cost.*, 2004, 237, con note 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?*, e C. BUZZACCHI, *Principio della concorrenza e aiuti di Stato tra diritto interno e diritto comunitario*, ed *ivi*, 4677, con nota di L.F. PACE, *Il concetto di tutela della concorrenza l'art. 117*

pre secondo la Corte, «le regole della concorrenza non sono quindi limitate all'attività sanzionatoria della trasgressione della normativa *antitrust*, ma comprendono anche il regime di aiuti, riguardanti sia il campo agricolo sia gli altri settori produttivi, sui quali l'azione della Comunità è sinora in larga parte intessuta». Dal punto di vista sistematico, secondo la Corte, è poi rilevante che la disciplina dei Trattati in materia di aiuti sia sistematicamente collocata nello stesso ambito della tutela della concorrenza»<sup>18</sup>.

La Corte traspone la propria originale ricostruzione della nozione allora comunitaria di concorrenza – che distingue tra “concorrenza statica” e “concorrenza dinamica”<sup>19</sup> – a livello nazionale, osservando che «la nozione di concorrenza non può non riflettere quella operante in ambito comunitario, che comprende interventi regolativi, la disciplina *antitrust* e misure destinate a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza. Quando», continua la Corte, «l'art. 117, 2° comma, lett. e), affida alla potestà legislativa esclusiva statale la tutela della concorrenza, non intende certo limitarne la portata ad una sola delle sue declinazioni di significato. Al contrario, proprio l'aver accorpato, nel medesimo titolo di competenza, la moneta, la tutela del risparmio e dei mercati finanziari, il sistema valutario, i sistemi tributario e contabile dello Stato, la perequazione delle risorse finanziarie e, appunto, la tutela della concorrenza, rende palese che quest'ultima costituisce una delle leve della politica economica statale e pertanto non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali»<sup>20</sup>.

La prima sentenza della Corte costituzionale a dare applicazione alla ricostruzione appena esaminata in materia di contratti pubblici ebbe ad oggetto la legittimità delle disposizioni di cui agli artt. 113 e ss. del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, il testo unico sugli enti locali<sup>21</sup>. La Corte ribadì innanzitutto che la clausola di cui all'art. 117, 2° comma, lett. e), Cost., nella misura in cui si riferisce alla “tutela della concorrenza”, si riferirebbe anche ad interventi “promozionali” della concorrenza stessa, e non semplicemente repressivi di accordi o pratiche restrittive della concorrenza. Osservò la Corte che «la indicata configurazione della tutela della concorrenza ha una portata così ampia da legittimare interventi dello Stato volti sia a promuovere, sia a proteggere l'assetto concorrenziale del mercato». Tuttavia, essa precisò la natura della competenza *de qua*, osservando che «la “tutela della concor-

*Cost. e il diritto comunitario: la «costituzionalizzazione» della figura dell'«imprenditore sovvenzionato»*, punto 3 della motivazione.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> Giustamente critico, tra gli altri, L.F. PACE, *Il concetto di tutela della concorrenza l'art. 117 Cost. e il diritto comunitario*, cit., 4678 s.

<sup>20</sup> Punto 4 della motivazione.

<sup>21</sup> C. cost., 27 luglio 2004, n. 272, in *Regioni*, 2005, 261, con nota di F. CASALOTTI, *Il riparto della potestà legislativa «alla prova» della disciplina dei servizi pubblici locali*; in *Giur. it.*, 2005, 836, con nota di E. ROLANDO, *Servizi pubblici locali in continuo movimento e novità in tema di riparto di competenze fra Stato e Regioni nella «materia trasversale» della tutela della concorrenza*; in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 25, con nota di G. MARCHI, *I servizi pubblici locali tra potestà legislativa statale e regionale*; si veda anche C. cost., 27 luglio 2004, n. 274 (ord.), in *Regioni*, 2005, 285.



renza” è competenza-funzione di natura trasversale, nel senso che potenzialmente si interseca con numerose altre materie; come tale, essa è attivabile dallo Stato solo sulla base del «criterio di proporzionalità-adequatezza al fine di valutare, nelle diverse ipotesi, se la tutela della concorrenza legittimi o meno determinati interventi dello Stato». In altri termini, la competenza statale sarebbe in questo caso circoscritta a fissare i limiti minimi di tutela della concorrenza<sup>22</sup>.

Nel merito, la Corte fece quasi integralmente salvo l'art. 113 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, dichiarando però l'incostituzionalità del comma 7, in quanto eccessivamente dettagliato rispetto alla necessità di dettare semplici disposizioni di principio; inoltre il giudice delle leggi espunse dal testo unico l'art. 113 *bis*, in materia di servizi a carattere non economico, come tali non disciplinabili dal legislatore con riferimento all'art. 117, comma 2, lett. e), della Carta fondamentale.

In una successiva sentenza relativa ai limiti alla partecipazione a gare di soggetti cui sia stata conferita dagli enti locali la proprietà di reti, impianti e dotazioni patrimoniali, destinati all'esercizio dei servizi pubblici, la Corte costituzionale osservò: «il legislatore statale non ha specificamente previsto la possibilità per le suddette società di partecipare alle gare per l'affidamento della gestione del servizio; né, per converso, ha escluso in modo espresso tale possibilità. In tale situazione, versandosi pur sempre in materia riservata alla competenza residuale delle Regioni, nel silenzio della legislazione statale al riguardo, può ritenersi ammissibile che queste ultime, esercitando la loro discrezionalità legislativa, integrino la disciplina dettata dallo Stato, prevedendo il divieto per le società proprietarie delle reti di partecipare alle gare in questione. D'altronde, siffatta determinazione si presenta anche coerente con il principio d'ordine generale, pure se derogabile, che postula la separazione tra soggetti proprietari delle reti e soggetti erogatori del servizio»<sup>23</sup>.

Discutibile, e probabilmente da ritenersi errata, è la scelta del giudice delle leggi in relazione al divieto, previsto da un legislatore regionale, di partecipazione alle gare delle medesime società, affidatarie dirette della gestione (in ipotesi anche integrata) del servizio pubblico locale. La Corte costituzionale rileva che l'applicazione di tale divieto, peraltro previsto anche dal d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, è rinviata a livello nazionale dall'art. 113, comma 15 *quater*. Ora, la Corte, pur ammesso, alla luce del proprio precedente, che il divieto «tende a garantire la più ampia libertà di concorrenza nell'ambito di rapporti – come quelli relativi al regime delle gare o delle modalità di gestione e conferimento dei servizi – di rilevante incidenza sul mercato» afferma che «una corretta attuazione del nuovo regime di divieti ha richiesto, ragionevolmente, come disposto dal legislatore statale con il comma 15-*quater* del medesimo art. 113, una disciplina transitoria per consentire un complessivo

<sup>22</sup> In senso analogo si è espresso M. D'ALBERTI, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. amm.*, 2004, 715 s., secondo il quale «la potestà legislativa esclusiva dello Stato [in materia di “tutela della concorrenza”] non si esaurisc[e] nella competenza a dettare la disciplina antitrust, ma si estend[e] alla determinazione di soglie di garanzia e promozione della concorrenza, alle quali le regolazioni regionali di settore devono adeguarsi».

<sup>23</sup> Punto 10 della motivazione di C. cost., 3 marzo 2006, n. 80, in *Giur. it.*, 2006, 1732, con nota di R. CARANTA, *Servizi pubblici locali, tutela della concorrenza e riparto di competenza tra Stato e Regioni*, e in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1203, con nota di L. IERA, *Concorrenza e liberalizzazione nei servizi di trasporto pubblico*.



riequilibrio e un progressivo adeguamento del “mercato”». Ciò comporterebbe, secondo la Corte, «che la mancata previsione, nella legge regionale, di un analogo regime transitorio, che definisca le modalità temporali di efficacia del divieto in esame, è idonea ad arrecare un *vulnus* all’indicato parametro costituzionale»<sup>24</sup>.

È giustificato più di qualche dubbio sul fatto che una disposizione la quale ritardi l’apertura concorrenziale di un mercato, e che, come tale, faccia sorgere non pochi dubbi di compatibilità con il diritto europeo, possa essere considerata strumentale alla “tutela della concorrenza”<sup>25</sup>. La sentenza della Corte, attraverso una lettura integralista della formula della “tutela della concorrenza”, finisce per imporre alle Regioni il rispetto di un periodo transitorio di più che incerta compatibilità con il diritto dell’Unione europea, tanto da non essere previsto dalla Comunicazione interpretativa della Commissione CE del 5 febbraio 2008 sull’applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)<sup>26</sup>. Una svista che, tra l’altro, potrebbe costare cara alle Regioni, oltre che allo Stato, in termini di responsabilità per violazione del diritto europeo<sup>27</sup>.

Dell’errore sembra infine essersi reso conto lo stesso giudice delle leggi. Dichiarando costituzionalmente illegittimo l’art. 15, commi 6 *ter*, lettere *b*) e *d*), e 6 *quater* del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e competitività economica), convertito, con modificazioni, in l. 30 luglio 2010, n. 122, la Corte non si limita a rilevare che le suddette disposizioni, pur attenendo alla durata ed alla programmazione delle concessioni di grande derivazione d’acqua per uso idroelettrico, si ascrivono alla materia “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia”, attribuita alla competenza legislativa concorrente, ma si configurano quali norme di dettaglio. Infatti, la Corte rileva che le disposizioni impugnate sono «incoerenti rispetto ai principi generali, stabiliti dalla legislazione statale, della temporaneità delle concessioni e dell’apertura alla concorrenza, contrastando con i principi comunitari in materia: seppure per un periodo temporalmente limitato, esse “impediscono] l’accesso di altri potenziali operatori economici al mercato, ponendo barriere all’ingresso tali da alterare la concorrenza tra imprenditori”». In particolare, la previsione della proroga di ulteriori sette anni a favore delle concessionarie «si muove in una direzione contraria alle indicazioni fornite a livello comunitario, (procedura d’infrazione IP/05/920), volte ad eliminare un ingiustificato *favor* riconosciuto a concessionari uscenti e/o aziende controllate da enti locali»<sup>28</sup>.

Meno rilevante ai fini del nostro discorso un’altra decisione, relativa al periodo transitorio dell’affidamento di servizi pubblici di trasporto locale. Il Governo aveva impugnato leggi delle Regioni Lazio, Liguria e Veneto, le quali avevano previsto un

<sup>24</sup> C. cost., 27 luglio 2004, n. 272, *cit.*, punto 11 della motivazione.

<sup>25</sup> Si veda T.A.R. Liguria, Sez. II, 17 gennaio 2002, n. 30, in *Urbanistica e appalti*, 2002, 1094, con nota di R. DAMONTE, *La partecipazione delle aziende speciali a procedure concorsuali per l’affidamento di appalti pubblici*.

<sup>26</sup> In G.U.C.E. 12 aprile 2008 C 91/4.

<sup>27</sup> Si rinvia a R. CARANTA, *Responsabilità extracontrattuale (diritto comunitario)*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, Giuffrè, 2006, 5137.

<sup>28</sup> C. cost., 13 luglio 2011, n. 205, in *www.cortecostituzionale.it*.

periodo transitorio, prima dell'effettiva apertura del mercato alla concorrenza, più lungo di quello previsto dalla legge statale. La Corte accoglie il ricorso affermando, in modo del tutto condivisibile, che «la fissazione di un termine massimo entro il quale deve concludersi la fase transitoria e quindi generalizzarsi l'affidamento mediante procedure concorsuali dei servizi di trasporto locale assume un valore determinante, poiché garantisce che si possa giungere davvero in termini certi all'effettiva apertura alla concorrenza di questo particolare settore, così dando attuazione alla normativa europea in materia di liberalizzazione del mercato dei servizi di trasporto locale»<sup>29</sup>.

In questo caso, il periodo transitorio era stato esteso, anziché limitato, rispetto alla previsioni di legge statale, e quindi meno dubbio era il contrasto delle disposizioni regionali con le norme statali in materia di tutela della concorrenza (anche se, ad ammettere, come fa in modo che si ritiene erroneo il precedente appena richiamato, che il periodo transitorio sia strumentale alla "tutela della concorrenza", si potrebbe ritenere che una sua ulteriore estensione sia in qualche modo ragionevole).

La Corte costituzionale ha ribadito il proprio orientamento verso una lettura trasversale in funzione di armonizzazione della formula della "tutela della concorrenza" con una serie di decisioni relative ai contratti pubblici. La prima pronuncia fu resa in riferimento a disposizioni, nel frattempo abrogate, ma sostituite da altre non meno invasive dell'autonomia regionale, che limitavano, andando al di là di quanto previsto dal diritto allora comunitario, la possibilità di fare ricorso alla trattativa privata anche agli appalti c.d. sotto soglia, in quanto di valore inferiore al minimo previsto per l'applicazione della normativa di fonte europea, prevedendo sanzioni civili (nullità dei contratti) e forme di responsabilità. La Corte, affermato che la clausola di cui all'art. 117, 2° comma, lett. e), Cost., non implica «per gli enti autonomi l'applicazione di puntuali modalità, ma solo l'osservanza dei principi desumibili dalla normativa in questione», conclude che «l'estensione agli acquisti sotto soglia di beni e servizi della normativa nazionale di recepimento della normativa comunitaria non implichi per gli enti autonomi l'applicazione di puntuali modalità, ma solo l'osservanza di principi desumibili dalla normativa in questione»; la motivazione è troppo ermetica; forse la Corte intende dire che la normativa nazionale si applica solo come indicazione di principio nel senso di un obbligo di ricorso alla trattativa privata, ma pare davvero difficile considerare le sanzioni della nullità e la previsione di forme di responsabilità quali mere indicazioni di principio<sup>30</sup>.

Anche in questo caso, la dottrina non ha potuto che lamentare «le difficoltà che si incontrano nel definire un preciso carattere distintivo delle norme di principio e di coordinamento rispetto a quello dei principi fondamentali (che orientano, com'è

<sup>29</sup> Punto 9.2. della motivazione di C. cost., 3 marzo 2006, n. 80, *cit.*

<sup>30</sup> C. cost., 15 novembre 2004, n. 345, in *Giur. cost.*, 2004, 3839, con nota di G. FARES, *La disciplina in materia di appalti pubblici sotto soglia e il sistema Consip al vaglio della Corte costituzionale*; in *Regioni*, 2005, 431, con nota di A. CONCARO e I. PELLIZZONE, *Tutela della concorrenza e definizione delle materie trasversali: alcune note a margine della sent. N. 345 del 2004 della Corte costituzionale*; in *Foro amm. CdS*, 2004, 3069, con nota di M. NISPI LANDI, *Due parole della Corte costituzionale sulla responsabilità amministrativa*; in *Riv. trim. appalti*, 2008, 569, con nota di M. DI CARLO, *La concorrenza nelle procedure di gara degli appalti pubblici*.

noto, l'esercizio della legislazione concorrente), oltre e più che sul piano semantico, in punto di individuazione del rispettivo grado di dettaglio ed analiticità»<sup>31</sup>.

Un'ulteriore sentenza ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il combinato disposto dell'art. 9, comma 12, e dell'art. 11, comma 3, della legge della Regione Lombardia 11 marzo 2005, n. 12 (Legge per il governo del territorio), nella parte in cui non prevedeva l'obbligo di procedure ad evidenza pubblica per tutti i lavori, da chiunque effettuati, di importo pari o superiore alla soglia comunitaria; senza particolare motivazione sul punto, la Corte sembra aver ritenuto che la scelta attuativa del legislatore nazionale – art. 2, comma 5, della l. 11 febbraio 1994, n. 109, legge *Merloni*, come inserito dall'art. 7 della l. 1° agosto 2002, n. 166 – fosse la sola compatibile con il diritto comunitario; peraltro, nella fattispecie, era evidente l'incompatibilità della scelta del legislatore regionale rispetto alla disciplina di fonte europea ed il *vulnus* alla tutela della concorrenza poteva tranquillamente ritenersi assorbito da tale profilo<sup>32</sup>.

#### 4. *Il Codice dei contratti pubblici*

Il legislatore del Codice dei contratti pubblici dunque già poteva contare su di un atteggiamento molto benevolo del giudice delle leggi<sup>33</sup>. L'art. 4 del d.lgs. 12 febbraio 2006, n. 163, non sorprendentemente dà allo Stato la parte del leone. Regioni e Province autonome esercitano la potestà normativa nelle materie oggetto del Codice «nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e delle disposizioni relative a materie di competenza esclusiva dello Stato» (comma 1); nelle materie di competenza concorrente, le stesse sono tenute al «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» (comma 2). Soprattutto, in base al comma 3 dell'art. 4, le Regioni non possono prevedere una disciplina diversa da quella del Codice in relazione a tutta una serie di materie che vanno ben al di là delle tematiche strettamente legate alla scelta del contraente<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> G. FARES, *La disciplina in materia di appalti pubblici sotto soglia e il sistema Consip*, cit., 3863.

<sup>32</sup> Corte cost., 28 marzo 2006, n. 129, in *Giur. it.*, 2006, 1287.

<sup>33</sup> Richiamato dal parere Cons. Stato, Sez. atti normativi, 6 febbraio 2006, n. 355/06, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); tale atteggiamento è peraltro condiviso da ampi settori della dottrina, i quali ritengono irrealistica e pericolosa una disciplina della materia differenziata lungo i confini regionali: *ex multis* A. POLICE - G. GRÜNER, *Le fonti*, cit., 131, e F. CINTIOLI, *Le fonti interne di disciplina*, cit., 112 ss.

<sup>34</sup> In particolare, la competenza esclusiva statale si estende «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»; analitico esame in V. LOPILATO, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni nel Codice dei contratti pubblici*, in M. CLARICH (cur.), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, cit., in part. 100 ss.

Non sorprendentemente, l'orientamento giurisprudenziale in precedenza analizzato è alla base della sentenza con cui la Corte costituzionale si è pronunciata sui ricorsi presentati da numerose Regioni nei confronti del d.lgs. 12 febbraio 2006, n. 163, di approvazione del Codice dei contratti pubblici<sup>35</sup>.

La Corte costituzionale muove dal discutibilissimo precedente che ha introdotto l'idea di "chiamata in sussidiarietà" per ribadire che i lavori pubblici «non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono» e pertanto «possono essere ascritti, di volta in volta, a potestà legislative statali o regionali [...]». Non è, dunque, configurabile né una materia relativa ai lavori pubblici nazionali, né tantomeno un ambito materiale afferente al settore dei lavori pubblici di interesse regionale», ed afferma che analoghe considerazioni «non valgono soltanto per i contratti di appalto di lavori, ma sono estensibili all'intera attività contrattuale della pubblica amministrazione che non può identificarsi in una materia a sé, ma rappresenta, appunto, un'attività che inerisce alle singole materie sulle quali essa si esplica»<sup>36</sup>.

Predominante rilievo assume in ogni caso la clausola attributiva di competenza legislativa esclusiva statale "tutela della concorrenza", da intendersi in senso specifico, legato all'esigenza «di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi (articoli 3, paragrafo 1, lettere c e g; 4, paragrafo 1; da 23 a 31; da 39 a 60 del Trattato che istituisce la Comunità europea, del 25 marzo 1957). Si tratta, sempre secondo la Corte, «di assicurare l'adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza»<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> C. cost., 23 novembre 2007, n. 401, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 624, con nota di C. LACAVA, *I contratti pubblici tra Stato e regioni e la tutela della concorrenza*; in *Riv. trim. appalti*, 2008, 739, con note di P. CHIRULLI, *Tutela della concorrenza e potestà legislativa statale in materia di appalti pubblici: il fine giustifica i mezzi?*, e di R. MANGANI, *La tutela della concorrenza e l'ordinamento civile nel Codice dei contratti pubblici: la Corte costituzionale promuove il riparto di competenze legislative tra Stato e regioni contenuto nel d.lgs. 163 del 2006*, e in *Foro it.*, 2008, I, 1799, con nota di G. CORSO e S. FARES, *Il codice dei contratti pubblici: tra tutela della concorrenza e ordinamento civile*; a commento anche R. DE NICIOLIS, *La Corte Costituzionale si pronuncia sul codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 5, e A. DE MICHELE, *La potestà legislativa delle Regioni in materia di contratti pubblici dopo le sentenze della Corte costituzionale n. 401 e n. 431 del 2007*, in *Istituz. federalismo*, 2007, 5, 7, nonché V. LOPILATO, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni nel Codice dei contratti pubblici*, cit., 112 ss.

<sup>36</sup> Punto 3 della motivazione in diritto; richiamata è Corte cost., 1° ottobre 2003, n. 303, cit.

<sup>37</sup> Punto 6.7 della motivazione; prosegue la Corte: «Sul piano interno, l'osservanza di tali principi costituisce, tra l'altro, attuazione delle stesse regole costituzionali della imparzialità e del buon andamento, che devono guidare l'azione della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost. Deve, anzi, rilevarsi come sia stata proprio l'esigenza di uniformare la normativa interna a quella comunitaria, sul piano della disciplina del procedimento di scelta del contraente, che ha determinato il definitivo superamento della cosiddetta concezione contabilistica, che qualificava tale normativa interna come posta esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione, anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale [...]. In sintesi, la nozione comunitaria di concorrenza, che viene in rilievo in questa sede e che si riflette su quella di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., è definita come concorrenza "per" il mercato, la quale impone che il contraente venga scelto mediante

La clausola, tuttavia, riceve una lettura particolarmente vincolante per il legislatore regionale. Pur trattandosi di competenza “trasversale”, secondo la Corte la disciplina normativa statale può essere esaustiva della materia: «deve rilevarsi come la tutela della concorrenza – se si eccettuano, in particolare, gli aspetti della specifica normativa *antitrust* diretta a reprimere i comportamenti anticoncorrenziali delle imprese – abbia natura trasversale, non presentando i caratteri di una materia di estensione certa, ma quelli di «una funzione esercitabile sui più diversi oggetti» [...]. Nello specifico settore degli appalti deve, però, ritenersi che la interferenza con competenze regionali si attegga in modo peculiare, non realizzandosi normalmente un intreccio in senso stretto con ambiti materiali di pertinenza regionale, bensì la prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa. Ne consegue che la fase della procedura di evidenza pubblica, riconducibile alla tutela della concorrenza, potrà essere interamente disciplinata, nei limiti e secondo le modalità di seguito precisati, dal legislatore statale»<sup>38</sup>.

Su questa base, non stupisce che praticamente tutti i motivi sollevati dalle Regioni ricorrenti siano stati respinti, anche perché quelli relativi alla disciplina dell'esecuzione del contratto, evidentemente estranei alla “tutela della concorrenza”, sono stati ricondotti alla clausola “ordinamento civile” di cui all'art. 117, comma 2, lett. *l*), della Costituzione<sup>39</sup>. Opzione interpretativa quest'ultima sicuramente errata in quanto estende la competenza statale ben al di là del suo naturale campo di applicazione – le norme che regolano i rapporti tra i *cives* – e finisce di avere l'effetto paradossale, in costanza di orientamenti legislativi che tendono ad ampliare l'applicazione di strumenti privatistici nelle materie amministrative<sup>40</sup>, di espropriare le Regioni della competenza nel loro settore naturale, già essendo preclusi al legislatore regionale non solo l'ordinamento civile ma anche quello penale<sup>41</sup>.

Considerazioni analoghe valgono per una sentenza di poco successiva, relativa all'impugnazione da parte del Governo di leggi regionali dell'Abruzzo e della

procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali sopra indicati. Ciò ovviamente non significa che nello stesso settore degli appalti, soprattutto relativi ai servizi a rete, non sussistano concomitanti esigenze di assicurare la cosiddetta concorrenza “nel” mercato attraverso la liberalizzazione dei mercati stessi, che si realizza, tra l'altro, mediante l'eliminazione di diritti speciali o esclusivi concessi alle imprese (vedi considerando n. 3 della direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/17/CE)».

<sup>38</sup> *Ibidem*; la motivazione cita, tra le altre, Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 14, cit., e Corte cost., 27 luglio 2004, n. 272, cit.

<sup>39</sup> In argomento V. LOPILATO, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni nel Codice dei contratti pubblici*, cit., 118 ss.; si veda anche Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 43, in *Giur. it.*, 2163.

<sup>40</sup> La bibliografia è sterminata; tra i contributi più meditati, F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, 649, e V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo modelli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 244; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003.

<sup>41</sup> Che anche la clausola in questione sia talvolta oggetto, nella giurisprudenza recente, di letture massimaliste, paradossalmente in contrasto con gli orientamenti affermatasi nel decennio che ha preceduto la riforma del Titolo V, è persuasivamente sostenuto da E. LAMARQUE, *Ancora nessuna risposta definitiva in materia di ordinamento civile*, in *Regioni*, 2007, in part. 185 ss.; criticabile per le ragioni di cui al testo appare quindi C. cost., 27 febbraio 2008, n. 51, in P. RUBECHINI, *Le nuove modalità di determinazione dei diritti aeroportuali*, punto 8, la quale riconduce all'“ordinamento civile” la disciplina dei corrispettivi dei concessionari dei servizi aeroportuali.



Campania in materia di contratti pubblici, che d'altra parte riprende in larga misura le considerazioni della decisione appena indicata, ribadendo che la "tutela della concorrenza", pur avendo carattere trasversale, può giustificare una disciplina dettagliata ed esaustiva, con totale esautorazione dei legislatori regionali<sup>42</sup>. Numerosissime declaratorie di illegittimità costituzionale si sono così succedute in questi anni<sup>43</sup>.

Va dato atto che in alcune più recenti pronunce la Corte costituzionale ha cercato di dimostrare in modo specifico non solo che la norma regionale impugnata divergeva dal testo del Codice dei contratti pubblici, ma anche che così facendo limitava la concorrenza tra imprese. Un caso del genere ha visto l'annullamento di una disposizione ligure la quale autorizzava i soggetti privati che intendessero promuovere interventi non previsti dagli strumenti di programmazione triennale adottati dalla Regione, a presentare studi di pre-fattibilità, dando facoltà all'amministrazione la quale ritenesse di pubblico interesse i predetti interventi, di ricercare mediante procedura ad evidenza pubblica il futuro contraente, modificando di conseguenza gli atti di programmazione. Non solo, secondo la Corte, la disciplina denunciata è difforme da quella dettata dal Codice dei contratti pubblici, ma attribuirebbe al proponente un indiscutibile vantaggio nella successiva gara per l'affidamento del contratto, dal momento che egli è il primo ad aver approfondito gli aspetti tecnici, amministrativi e finanziari del problema; ed anzi, proprio per effetto della mancata previsione della pubblica utilità dell'opera, può dirsi che egli acquisisce un vantaggio maggiore rispetto agli eventuali concorrenti<sup>44</sup>.

Il testo del Codice dei contratti pubblici finisce per vincolare anche le Regioni a statuto speciale. E' vero che spesso gli Statuti riconoscono una competenza in materia, ma tale potestà deve essere esercitata in armonia con la Costituzione, con i principi generali dell'ordinamento giuridico della Repubblica, con le norme fondamentali delle riforme economico-sociali e con gli obblighi internazionali dello Stato. Secondo la Corte costituzionale, le disposizioni del «Codice dei contratti pubblici – per la parte in cui si correlano alle disposizioni del titolo V della parte seconda della Costituzione e, in particolare, all'art. 117, secondo comma, lettere

<sup>42</sup> C. cost., 14 dicembre 2007, n. 431, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 174, punto 5 della motivazione: «L'esclusività di siffatta competenza si esprime nella ammissibilità della formulazione, da parte del legislatore statale, di una disciplina integrale e dettagliata delle richiamate procedure e nell'inderogabilità delle relative disposizioni, le quali legittimamente incidono, nei limiti della loro specificità e dei contenuti normativi che di esse sono propri, sulla totalità degli ambiti materiali entro i quali si applicano»; sul punto si veda V. LOPILATO, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni nel Codice dei contratti pubblici*, cit., 113 ss.

<sup>43</sup> Ad es. C. cost., 11 dicembre 2010, n. 314, in *Foro it.*, 2011, I, 357, la quale annulla una legge regionale toscana la quale escludeva la necessità del parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici per la realizzazione di determinate opere portuali; C. cost., 24 luglio 2009, n. 249, in *Giur. cost.*, 2009, 3286, la quale afferma la competenza esclusiva dello Stato a dettare regole di gara per l'affidamento delle concessioni del servizio gestione integrata dei rifiuti; C. cost., 23 dicembre 2008, n. 439, in *Foro amm. Cds*, 2008, 1215, con nota di D. CASALINI, *Il recepimento nazionale del diritto europeo dei contratti pubblici*, cit., la quale dichiara l'illegittimità costituzionale di una legge della Provincia autonoma di Bolzano in quanto avrebbe adottato una definizione ritenuta eccessivamente restrittiva della nozione di "parte più rilevante dell'attività" ai fini della configurabilità dell'*in house providing*.

<sup>44</sup> Corte cost., 5 gennaio 2011, n. 7, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 300; analogo atteggiamento in C. cost., 28 maggio 2010, n. 186, in *Giur. it.*, 2011, 187, in materia di progettazione.

e) ed l), in tema di tutela della concorrenza e di ordinamento civile – devono essere ascritte, per il loro stesso contenuto d'ordine generale, all'area delle norme fondamentali di riforme economico-sociali, nonché delle norme con le quali lo Stato ha dato attuazione agli obblighi internazionali nascenti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea». In tale prospettiva, secondo la Corte, «vengono in considerazione, in primo luogo, i limiti derivanti dal rispetto dei principi della tutela della concorrenza, strumentali ad assicurare le libertà comunitarie, e dunque le disposizioni contenute nel Codice dei contratti pubblici che costituiscono diretta attuazione delle prescrizioni poste a livello europeo. In tale ambito, la disciplina regionale non può avere un contenuto difforme da quella prevista, in attuazione delle norme comunitarie, dal legislatore nazionale e, quindi, non può alterare negativamente il livello di tutela assicurato dalla normativa statale. In secondo luogo, il legislatore regionale deve rispettare i principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica, tra i quali sono ricompresi anche quelli afferenti la disciplina di istituti e rapporti privatistici relativi, soprattutto, alle fasi di conclusione ed esecuzione del contratto di appalto, che devono essere uniformi sull'intero territorio nazionale, in ragione della esigenza di assicurare il rispetto del principio di uguaglianza. A ciò è da aggiungere che nelle suindicate fasi si collocano anche istituti che rispondono ad interessi unitari e che – implicando valutazioni e riflessi finanziari, che non tollerano discipline differenziate nel territorio dello Stato – possono ritenersi espressione del limite rappresentato dalle norme fondamentali delle riforme economico-sociali»<sup>45</sup>. Su tale base, le divergenze tra disciplina statale e regionale sono mal tollerate<sup>46</sup>, anche se pure in questi casi la Corte si sforza di dimostrare come le disposizioni censurate incidessero negativamente sulla tutela della concorrenza<sup>47</sup>.

Merita d'altra parte segnalare che al di fuori della materia dei contratti pubblici alcune più recenti sentenze paiono aver abbandonato la lettura integralista del-

<sup>45</sup> Tra le più recenti C. cost., 7 aprile 2011, n. 114, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 651; si vedano anche C. cost., 12 febbraio 2010, n. 45, in *Corr. giur.*, 2010, 891, con nota di C.M. AIELLO, *La ripartizione delle competenze tra stato e autonomie speciali in materia di lavori pubblici: il "ripensamento" della consulta*; C. cost., 22 maggio 2009, n. 160, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1252, con nota di A. MASSERA, *La disciplina dei contratti pubblici: la relativa continuità in una materia instabile*, e C. cost., 17 dicembre 2008, n. 411, in *Foro amm. CdS*, 2008, 1215, con nota di D. CASALINI, *Il recepimento nazionale del diritto europeo dei contratti pubblici tra autonomia regionale ed esigenze nazionali di "tutela dell'unità giuridica ed economica" dell'ordinamento*.

<sup>46</sup> Si veda anche C. cost., 17 giugno 2010, n. 221, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 1291, con nota di S. MUSOLINO, *Appalti pubblici e competenze delle regioni speciali: nuovo intervento della Consulta*, mentre nessun problema presenta il semplice rinvio del legislatore regionale alla disciplina statale: ad es. C. cost., 15 dicembre 2010, n. 357, in *Giur. cost.*, 2010, 5018.

<sup>47</sup> C. cost., 7 aprile 2011, n. 114, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 651; la Corte dichiara illegittime disposizioni di una legge del Friuli-Venezia Giulia in materia di esclusione automatica di offerte anomale, di pubblicità, e di scelta del prestatore di servizi di ingegneria e di architettura; in parte infondata ed in parte inammissibile la questione relativa alla disciplina degli appalti di lavori sotto-soglia non aventi interesse transfrontaliero in quanto la difesa erariale non aveva individuato esattamente il parametro di legittimità; C. cost., 10 giugno 2011, n. 184, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una legge regionale sarda nella parte in cui, in difformità rispetto alla norma statale, stabiliva che la facoltà di esclusione automatica delle offerte anomale fosse prevista in riferimento a tutti gli appalti di lavori, servizi e forniture sotto-soglia.



la clausola che fa riferimento alla tutela della concorrenza, andando a verificare se la disciplina statale sia effettivamente più pro-concorrenziale di quella regionale<sup>48</sup>. L'estensione di un simile atteggiamento nella nostra materia è però improbabile. La Corte costituzionale ritiene, infatti, che l'uniformità rappresenti «un valore in sé perché differenti normative regionali sono suscettibili di creare dislivelli di regolazione, produttivi di barriere territoriali»<sup>49</sup>.

Un fenomeno curioso salta all'occhio esaminando le sentenze della Corte di cui si è detto. Censurate sono spesso norme regionali in materie – quali la disciplina degli appalti sotto-soglia, delle offerte anormalmente basse, del *project financing* – che avevano visto la disciplina statale italiana ricevere gli strali della Commissione dell'Unione europea se non della Corte di giustizia.

Lo Stato colto in fallo fa poi la morale alle Regioni...

## 5. *Considerazioni critiche*

Certo le istanze europee potrebbero apprezzare questa sorta di “tutela avanzata” ad opera dalla Corte costituzionale, ma non pare di poter ritenere che l'orientamento della Corte tendente ad erigere a metro della concorrenza minima il testo del Codice dei contratti pubblici possa davvero essere giustificato sulla base del richiamo al diritto dell'Unione europea. Dopo la riforma del Titolo V, infatti, il diritto dell'Unione europea non può essere invocato per avocare allo Stato competenze delle Regioni<sup>50</sup>. In base all'art. 117, comma 5, Cost., come in altre occasioni ha ricordato la stessa Corte, spetta alle Regioni l'attuazione delle norme di fonte europea nelle materie di propria competenza, salvo il potere sostitutivo dello Stato in caso di inadempienza<sup>51</sup>.

Inoltre, in materia, il diritto europeo agisce con direttive, comunicazioni e principi giurisprudenziali, strumenti i quali, per definizione, lasciano un certo più o meno ampio margine di apprezzamento che non si vede perché dovrebbe essere esaurito a livello statale anziché regionale<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> C. cost., 14 dicembre 2007, n. 430, in *Giur. it.*, 2008, 1509, e n. 431, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 174, nonché C. cost., 21 dicembre 2007, n. 443, in *Giur. it.*, 2008, 1372, con nota di V. GAFFURI, *Le professioni intellettuali tra regolazione nazionale e concorrenza comunitaria davanti alla Corte costituzionale*. In proposito si rinvia a R. CARANTA, *Prime correzioni di rotta della Corte costituzionale in materia di tutela della concorrenza?*, cit., 652 ss.

<sup>49</sup> C. cost., 6 novembre 2009, n. 283, in *Foro it.*, 2010, I, 35.

<sup>50</sup> Come rileva F. PIZZETTI, *Le «nuove» Regioni italiane tra Unione europea e rapporti esterni nel quadro delle riforme costituzionali della XIII legislatura*, cit., 807, «Questa disposizione, insieme alla norma che prevede che le Regioni abbiano potere legislativo concorrente nella materia dei rapporti internazionali e con l'Unione europea [...], si pone anche come una sorta di “cerniera” fra la norma [...] in ordine alla possibilità per le Regioni di stipulare accordi e intese con soggetti esteri e la norma che prevede che «le Regioni, nelle materie di loro competenza, partecipano alle decisioni dirette alla formazione di atti normativi comunitari e provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea [...]».

<sup>51</sup> *Ex multis* C. cost., 13 gennaio 2004, n. 12, in *Regioni*, 2004, 956, punto 4.

<sup>52</sup> Esattamente, secondo il “padre” del Codice, P. DE LISE, *Lavori pubblici e competenze regionali, in Titolo V della Costituzione ed opere pubbliche*, Bologna, SPISA, 2003, 27, merita di essere ridimensionato il rilievo che si è dato alla “tutela della concorrenza” per affermare una competenza legislativa statale e ciò «sotto due profili: da un lato, in quanto la tutela della concorrenza, che è sicuramente un

Senza contare che proprio la direttiva 2004/18/CE ha introdotto tutta una serie di istituti “opzionali”, come le centrali di committenza, l’accordo quadro, il dialogo competitivo; imporre alle Regioni di appiattirsi sulle scelte statali non solo è giuridicamente scorretto per le ragioni appena esposte, ma è anche scarsamente pratico, esponendole a vicende come il raccapricciante valzer normativo registratosi proprio su accordi quadro e centrali di committenza<sup>53</sup>.

Infine, considerato il notevole contenzioso a livello europeo proprio in materia di contratti pubblici che interessa l’Italia, normalmente per atti normativi o provvedimenti attribuibili allo Stato, pare veramente troppo ingenuo credere che il riconoscere la competenza di questi garantisca di per sé la tutela della concorrenza<sup>54</sup>.

Il potere di dare attuazione alle direttive dell’Unione europea e, più in generale, la sottoposizione del potere legislativo anche regionale al rispetto del diritto (in allora) comunitario, Trattati compresi, sancita dall’art. 117, 1° comma, Cost., esclude che una riesplorazione delle competenze legislative statali esclusive possa essere giustificata dal richiamo alla tutela della concorrenza alla lett. g) nell’elenco di cui all’art. 117, 2° comma. A livello nazionale, almeno per quanto riguarda i contratti passivi, ma a ben vedere anche per gli altri, non è dato infatti riscontrare in materia specifici profili concorrenziali che non siano già presi in considerazione dal diritto comunitario e che giustificano un intervento dello Stato a comprimere in via preventiva e generale l’autonomia regionale<sup>55</sup>.

Certo, autorevolmente si è osservato che il riferimento alla tutela della concorrenza da parte dell’art. 117, 2° comma, Cost., «proietta il Parlamento nazionale su aspetti centrali e talora esaustivi della materia: in larga misura la legge Merloni è una legge sulla concorrenza e l’influsso comunitario ha ormai fatto sì che la tutela del mercato ed il divieto di discriminazione siano la principale ragion d’essere dell’evidenza pubblica quale criterio di scelta concorsuale del contraente dell’amministrazione»; tuttavia, lo stesso Autore rileva altresì che se «la legge statale ha perso il suo ruolo *unificante* dell’ordinamento, una funzione di questo tipo è adempiuta dall’ordinamento comunitario. Per gli appalti sopra-soglia resta il parametro certo delle direttive comunitarie, che ovviamente si impongono con pari forza [...] sulla legge statale»<sup>56</sup>.

bene primario [...], attiene ad una fase soltanto, anche se particolarmente importante, della disciplina dei lavori pubblici, quella della selezione e della scelta del contraente [...]. Dall’altro, per il rilievo che deve riconoscersi alla normativa comunitaria che [...] è andata assumendo una portata ed una incidenza sempre più ampie in materia di procedure ad evidenza pubblica e, in particolare, di appalti» (si veda anche *ivi*, 39 ss.); analogamente, sul ruolo unificante del diritto allora ancora comunitario, già F. CINTIOLI, *I lavori pubblici e la riforma del Titolo V della Costituzione*, cit., in part. 507.

<sup>53</sup> Ancora R. CARANTA, *Le centrali di committenza*, cit., 610 ss.

<sup>54</sup> Si è già ricordata C. cost., 3 marzo 2006, n. 80, cit., che ha sdoganato come misura di tutela della concorrenza una disposizione statale di più che dubbia compatibilità con il diritto comunitario. Si ricordi anche l’apertura di una procedura di infrazione contro l’Italia (3 aprile 2008, IP/08/505) perché il Governo non ha dato attuazione alla sentenza in materia di concessioni per la gestione delle scommesse ippiche: C. giust. CE, 13 settembre 2007 (in causa C-260/04), *Commissione / Italia*, cit.

<sup>55</sup> Il valore unificante della disciplina contenuta nelle direttive è sottolineato, in ben diverso contesto costituzionale, anche da D. ORDÓÑEZ SOLÍS, *La Contratación Pública en la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, 251.

<sup>56</sup> F. CARULLO, *I lavori pubblici e la riforma del Titolo V della Costituzione*, cit., 507 (corsivo dell’Autore).

Fermo il potere sostitutivo, dunque, un intervento unificante statale non trova giustificazione in materia, neppure invocando la tutela della concorrenza. Una competenza più ampia dello Stato, fondata sulla materia “trasversale” della concorrenza è ipotizzata da parte della dottrina<sup>57</sup>; in realtà, come è stato puntualmente sottolineato, il rilievo che si è dato alla “tutela della concorrenza” per affermare una competenza legislativa statale merita di essere ridimensionato e ciò «sotto due profili: da un lato, in quanto la tutela della concorrenza, che è sicuramente un bene primario [...], attiene ad una fase soltanto, anche se particolarmente importante, della disciplina dei lavori pubblici, quella della selezione e della scelta del contraente [...]. Dall'altro, per il rilievo che deve riconoscersi alla normativa comunitaria che [...] è andata assumendo una portata ed una incidenza sempre più ampie in materia di procedure ad evidenza pubblica e, in particolare, di appalti»<sup>58</sup>.

Alla luce dell'art. 117, 2° comma, lett. g), il quale riserva alla competenza legislativa esclusiva dello Stato l'ordinamento e l'organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali, l'unica a dover rimanere ferma in base ad un'interpretazione “normale” e non forzata della Costituzione dovrebbe essere la competenza dello Stato nel disciplinare, anche eventualmente in attuazione del diritto dell'Unione europea, i contratti pubblici stipulati da propri organi o da enti statali<sup>59</sup>, nonché, ma i campi in larga parte si sovrappongono, quelli «*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*» (art. 4, comma 3, ultima parte, del Codice).

<sup>57</sup> P. STELLA RICHTER, *I lavori pubblici dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, cit., in part. 412; criticamente G. BERGONZINI, *La potestà legislativa regionale in materia di procedure di affidamento degli appalti*, cit., 823 s.

<sup>58</sup> P. DE LISE, *Lavori pubblici e competenze regionali*, in *Titolo V della Costituzione ed opere pubbliche*, cit., 27 (si veda anche *ivi*, 39 ss.); analogamente, sul ruolo unificante del diritto comunitario, già F. CINTIOLI, *I lavori pubblici e la riforma del Titolo V della Costituzione*, cit., in part. 507; si veda anche R. CARANTA, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione*, cit., 990.

<sup>59</sup> Si veda anche A. CARULLO, *Le competenze degli enti locali in materia di lavori pubblici*, in *Titolo V della Costituzione ed opere pubbliche*, cit., 85 ss.