

Il riparto della competenza legislativa tra stato e regioni in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture alla luce del nuovo codice degli appalti e della recente giurisprudenza costituzionale.

di Valentina Lepore

INTRODUZIONE.

Queste brevi note si propongono di fare il punto della situazione in merito alla problematica questione del riparto della potestà legislativa tra Stato e Regioni in materia di disciplina degli appalti pubblici. Si tratta, infatti, di una materia che non rientra tra quelle elencate nel novellato art. 117, commi 2 e 3 della Costituzione e che, pertanto, dovrebbe ricadere nella competenza legislativa residuale delle Regioni, ex art. 117, comma 4, Cost.

In realtà, la Corte costituzionale nella sentenza 303/2003 ha ritenuto che l'assenza dei "lavori pubblici" tra le materie elencate nell'art. 117 Cost. non ne determina l'automatica attrazione nella potestà legislativa residuale regionale, "al contrario si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato o a potestà legislative concorrenti"¹. Pertanto, il d.lgs. n. 163/2006, recante il Codice dei contratti pubblici, ha individuato quegli aspetti della disciplina dei contratti pubblici che rientrano nella competenza esclusiva dello Stato e quelli su cui possono legiferare le Regioni.

Il netto riparto di competenze in materia di appalti tra legislatore statale e regionale è stato oggetto di contestazione da parte di alcune Regioni (Toscana, Veneto, Provincia autonoma di Trento, Piemonte, Lazio e Abruzzo), che hanno impugnato dinanzi la Corte costituzionale alcune disposizioni della normativa su richiamata, in quanto lesive della propria sfera di competenza. La Corte, chiamata ancora una volta a svolgere il ruolo di *arbiter* nei rapporti tra Stato e Regioni e a far fronte all'incompletezza del novellato articolo 117 della Costituzione, si è pronunciata in materia con la recente sentenza n. 401/2007.

Si ritiene utile, al fine di fare il punto sul riparto legislativo tra Stato e Regioni in materia di disciplina degli appalti pubblici, analizzare dapprima la disciplina del Codice, l'interpretazione che

¹ C. cost. sent. n. 303/2003. Per la consultazione del testo della sentenza in oggetto si rimanda al seguente indirizzo web: www.giurcost.org.

ne è stata data dai diversi legislatori regionali, ed infine la posizione chiarificatrice assunta dal giudice costituzionale.

1.1. IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI COME COMPIMENTO DI UNA RIFORMA NORMATIVA.

Il Codice dei contratti pubblici, adottato con il d.lgs. 163/2006, può essere sicuramente considerato come il compimento di una riforma normativa che ha il suo inizio nel 2001, con l'approvazione della "legge obiettivo"² a cui ha fatto seguito il d.lgs. 190/2002. Tale decreto attuativo della "legge obiettivo" ha messo in moto un processo di modernizzazione della normativa nazionale in materia e soprattutto un processo di adeguamento alle disposizioni comunitarie e di recepimento di istituti già da tempo operativi a livello comunitario, quali il contraente generale³, il promotore ed il concessionario, necessari per assicurare la qualità e la realizzazione delle grandi opere di infrastrutture e mobilitare, quanto più possibile, le risorse private verso opere di interesse pubblico.

Tutti questi nuovi istituti sono poi confluiti nella disciplina organica degli appalti, ossia nel d.lgs. 163/2006 che è stato lo strumento adottato dal legislatore nazionale sia per consentire il recepimento delle nuove direttive comunitarie (dir. nn. 2004/17 e 2004/18) sia per rispondere all'esigenza di semplificazione normativa.

Infatti, il diritto nazionale degli appalti prima del Codice era caratterizzato da una grande frammentarietà e da una eccessiva pluralità di testi normativi vigenti⁴. La peculiarità del "groviglio normativo" che si era venuto a determinare consisteva nel regime di separazione adottato sia nella disciplina dei contratti di lavori, servizi e forniture, per ognuno dei quali vi erano disposizioni diversificate, sia nella disciplina dei contratti sopra soglia e sotto soglia comunitaria, nonostante la posizione di sfavore assunta dagli organi comunitari in proposito.

² Si tratta della legge 21 dicembre 2001, n. 443, "Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive" pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 299 del 27 dicembre 2001, Suppl. Ordinario n.279"; cfr. www.camera.it.

³ Il contraente generale è l'esecutore con qualsiasi mezzo di un'opera corrispondente alle esigenze specificate dal soggetto aggiudicatore; è il realizzatore globale dell'opera pubblica.

⁴ Basti pensare che vi erano tre distinti decreti legislativi, di recepimento di precedenti direttive comunitarie, che disciplinavano gli appalti sopra soglia comunitaria di forniture e di servizi nei settori ordinari – rispettivamente il d.lgs. 358/1992 ed il d.lgs. 157/1995- e di lavori, servizi e forniture nei settori speciali – il d.lgs. n. 158/1995. Gli appalti di lavori sia sopra che sotto soglia erano disciplinati dalla l. n. 109/1994, la cd legge quadro sui lavori pubblici, e relative normative secondarie di attuazione ed esecuzione, con differenze di disciplina per alcuni profili degli appalti di lavori sopra e sotto soglia. Gli appalti di forniture sotto soglia erano disciplinati dal D.P.R. n. 573/1994. Mancava, invece, una disciplina organica degli appalti di servizi sotto soglia, per cui erano applicabili la legislazione di contabilità di Stato del 1923-1924, nonché i principi del Trattato comunitario.

Si segnala, infatti, che secondo le istituzioni comunitarie, così come confermato dalla giurisprudenza nazionale, anche i contratti sotto soglia devono rispettare i principi del Trattato a tutela della concorrenza, ed in particolare i principi di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità, come precisato dalla Corte di Giustizia⁵, nonché dal Dipartimento per le politiche comunitarie nella circolare del 29/04/2004.

Le stesse direttive comunitarie 2004/17 e 2004/18 rispondono ad un obiettivo di semplificazione del quadro normativo di riferimento. Precedentemente, infatti, il diritto comunitario disciplinava la materia “appalti” con quattro distinte direttive⁶ : una per gli appalti e concessioni di lavori nei settori ordinari, una per gli appalti di servizi e forniture nei settori ordinari, una per gli appalti e concessioni di lavori nei settori esclusi ed infine una per la disciplina degli appalti di servizi e forniture nei settori esclusi.

Con la direttiva 2004/18 si è provveduto, invece, ad unificare la disciplina degli appalti e forniture nei settori ordinari, ossia tutti i settori tranne quelli considerati esclusi, che sono oggetto di disciplina della direttiva 2004/17; si tratta di settori, quali il gas, l'energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica, che il d.lgs. 163/2006 definisce “settori speciali”.

Le su citate direttive da un lato riproducono sostanzialmente le normative comunitarie precedenti con modifiche di carattere formale; per un altro verso introducono nuovi strumenti ed istituti che hanno l'obiettivo di rendere più flessibile e moderna l'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione, nel rispetto della trasparenza, della concorrenza e delle esigenze sociali ed ambientali.

Diversi sono gli strumenti contrattuali ed i mezzi di modernizzazione introdotti *ex novo* dalla nuova normativa comunitaria in materia. In particolare si segnalano:

⁵ Si veda la sentenza 3 dicembre 2001 della Corte di Giustizia europea. Bent Moustén Vestergaard contro Spøttrup Boligselskab; domanda di pronuncia pregiudiziale: Vestre Landsret – Danimarca, in causa C- 59/2000, Raccolta della Giurisprudenza 2001 pagina I-09505.

⁶ Si tratta delle seguenti direttive: 1) la direttiva del Consiglio 92/50/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, pubblicata nella G.U.C.E. 24 luglio 1992, n. L 209, entrata in vigore il 14 luglio 1992; 2) la direttiva del Consiglio 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, pubblicata nella G.U.C.E. 9 agosto 1993, n. L 199, entrata in vigore il 5 luglio 1993; 3) la direttiva del Consiglio 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, pubblicata nella G.U.C.E. 9 agosto 1993, n. L 199 ed entrata in vigore il 5 luglio 1993; 4) la direttiva del Consiglio 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, pubblicata nella G.U.C.E. 9 agosto 1993, n. L 199 ed entrata in vigore l'1 luglio 1993.

- a) le nuove modalità di affidamento dei contratti, tra cui l'accordo quadro⁷, il dialogo competitivo⁸, la contrattazione tramite centrali di committenza⁹ ed il sistema dinamico di acquisizione¹⁰;
- b) la previsione che l'appalto di lavori possa avere ad oggetto solo i seguenti elementi: l'esecuzione e la progettazione, la realizzazione con qualsiasi mezzo;
- c) l'utilizzo di strumenti informatici, sia per le pubblicazioni e comunicazioni, sia per l'attività di contrattazione, basti pensare alle aste elettroniche; il legislatore nazionale ha recepito l'intento di "informatizzare" la Pubblica Amministrazione attraverso l'introduzione dell'obbligo di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara sul sito informatico del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di cui al decreto del Ministero dei lavori pubblici 6 aprile n. 20, e sul sito informatico presso l'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, operante presso l'Autorità di Vigilanza.

Tra i nuovi strumenti a tutela della concorrenza si evidenziano:

- a) la possibilità per gli operatori economici di partecipare alle gare avvalendosi dei requisiti di altre imprese, il cd. avvalimento;
- b) un maggior rigore nella predeterminazione dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- c) un più articolato contraddittorio nella fase di verifica delle offerte anomale;
- d) il principio di equivalenza delle specifiche tecniche inerenti alle prestazioni contrattuali;
- e) l'abbassamento a 100.000 euro della soglia che impone la gara comunitaria per l'affidamento dei servizi di progettazione e la previsione della gara informale tra almeno cinque operatori economici per gli affidamenti al di sotto dei 100.000 euro.

⁷ Per accordo quadro si intende l'accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un determinato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi o le quantità previste.

⁸ Il dialogo competitivo è quella procedura nella quale la stazione appaltante avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte; qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare a tale procedura.

⁹ La centrale di committenza è l'amministrazione aggiudicatrice che acquista forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o ad altri enti aggiudicatori o che aggiudica appalti pubblici o conclude accordi quadro di lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o altri enti aggiudicatori.

¹⁰ Per processo dinamico di acquisizione si intende il processo di acquisizione interamente elettronico, per acquisti di uso corrente, le cui caratteristiche generalmente disponibili sul mercato soddisfano le esigenze di una stazione appaltante, limitato nel tempo e aperto per tutta la sua durata a qualsivoglia operatore economico che soddisfi i criteri di selezione e che abbia presentato un'offerta indicativa conforme al capitolato d'oneri.

Infine sono introdotti strumenti di tutela di esigenze sociali ed ambientali, prima non contemplati, che concretizzano il concetto di “ economia sostenibile”; tra questi in particolare si segnalano:

- a) la possibilità di utilizzare criteri ambientali nella valutazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa;
- b) la possibilità di esigere condizioni ambientali e sociali per l’esecuzione del contratto;
- c) la possibilità di riservare l’affidamento degli appalti ad imprese che impiegano mano d’opera disabile;
- d) la possibilità di prevedere speciali procedure per la realizzazione di programmi di edilizia residenziale pubblica .

L’art. 25 della legge 18 aprile 2005 n. 62, la legge comunitaria 2004, delega il Governo a recepire le direttive 2004/18 e 2004/17 prevedendo la raccolta in un unico testo normativo sia della disciplina degli appalti e concessioni di rilevanza comunitaria¹¹, sia degli appalti e concessioni sotto soglia comunitaria¹².

La legge delega determina pertanto la possibilità di recepire in un unico testo legislativo le due direttive comunitarie in materia, di disciplinare nello stesso testo non solo i contratti pubblici di rilevanza comunitaria ma anche quelli che si collocano al di sotto di tale soglia e di individuare un nucleo di principi comuni a tutti i contratti pubblici relativi a servizi, forniture e lavori , superando la iniziale distinzione operata dal nostro legislatore nazionale.

Il d.lgs. 163/2006, adottato sulla base della legge delega su indicata, nel provvedere al recepimento della normativa comunitaria di riferimento, non comporta innovazioni radicali per i servizi e le forniture , già settori oggetto di modifica ad opera del recepimento delle precedenti direttive. Invece, il puntuale recepimento delle direttive determina significative innovazioni per i lavori, ambito nel quale il legislatore nazionale si era in più punti discostato dal diritto comunitario. In particolare, rispetto alla l. 109/1994, si introduce la sostanziale liberalizzazione dell’appalto di progettazione ed esecuzione, un maggior numero di ipotesi di utilizzabilità della procedura negoziata, la possibilità per le Amministrazioni aggiudicatrici di prevedere che il titolare di permesso a costruire assuma la

¹¹ I contratti di rilevanza comunitaria sono i contratti pubblici il cui valore stimato al netto dell’imposta sul valore aggiunto è pari o superiore alle seguenti soglie: a) 137.000 euro o 211.000 euro per gli appalti di forniture e servizi a seconda dei soggetti aggiudicatori; b) 5.278.000 euro per gli appalti pubblici di lavori.

¹² I contratti sotto soglia sono quei contratti pubblici il cui valore stimato al netto dell’imposta sul valore aggiunto è inferiore alle soglie comunitarie su indicate.

veste di promotore, per l'esecuzione delle opere di urbanizzazione ed infine, per garantire il rispetto del principio di concorrenza, la possibilità di ricorrere alla procedura ristretta limitatamente ai casi di appalti di importo particolarmente elevato ed un regime più rigoroso della verifica delle offerte anomale.

Per quanto concerne la struttura e l'analisi contenutistica, il Codice dei contratti, contenente la disciplina di profili contenutistici, procedurali, organizzativi della materia, è composto da cinque parti.

La parte prima, intitolata "Principi e disposizioni comuni e contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice", contiene le norme relative all'oggetto e all'ambito di applicazione; sono delineati i principi di ispirazione della nuova normativa in materia di appalti, le fonti di disciplina, i criteri per il riparto della competenza legislativa tra Stato e Regioni e le materie in cui i due legislatori possono esercitare la propria potestà normativa, le funzioni dell'Autorità per la vigilanza, dell'Osservatorio e del responsabile del procedimento, nonché i contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice, quali appalti segretati o stipulati sulla base di accordi internazionali.

La Parte seconda, intitolata "Contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture nei settori ordinari", disciplina i contratti aventi ad oggetto lavori, servizi, forniture nei settori ordinari, sia sopra che sotto soglia comunitaria; si tratta di disposizioni attraverso le quali viene recepito il contenuto integrale della direttiva 2004/18/CE. Tale Parte è divisa in quattro Titoli.

Il primo Titolo disciplina i contratti di rilevanza comunitaria individuando le procedure di affidamento ed i principi in tema di esecuzione del contratto. Il secondo Titolo detta disposizioni in materia di contratti sotto soglia comunitaria mediante un rinvio alla disciplina dettata per i contratti sopra soglia e l'elencazione delle specifiche regole derogatorie. Il terzo Titolo contiene norme specifiche per i contratti relativi a lavori pubblici, ed in particolare per la concessione di opere pubbliche, per il promotore finanziario, la concessione ed il contraente generale per le infrastrutture strategiche. Il quarto Titolo disciplina i contratti di lavori, servizi e forniture in settori specifici, come nel settore della difesa e dei beni culturali dove si pone l'esigenza di tutelare particolari interessi meritevoli di tutela, quali la sicurezza e la tutela del patrimonio artistico e culturale.

La Parte terza è intitolata "Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali" e contiene il recepimento della direttiva 2004/17/CE. Nello specifico sono individuate, innanzitutto, le norme proprie dei settori ordinari, che si applicano anche ai

settori speciali per i contratti sopra soglia comunitaria; sono poi enucleate le norme specifiche di tali settori speciali ed è delineato il regime dei contratti nei settori speciali sotto soglia comunitaria.

La Parte quarta è intitolata “Contenzioso” e disciplina gli strumenti stragiudiziali e giudiziali di composizione delle liti in materia di contratti pubblici e in particolare, la transazione, l’accordo bonario, l’arbitrato, nonché le norme in materia di giurisdizione e riti speciali, e la tutela cautelare “*ante causam*”. Quest’ultimo è un istituto introdotto per far fronte alla condanna dell’Italia in sede comunitaria dato che la Corte di giustizia in due pronunce¹³ ha ritenuto non conforme al diritto comunitario la legislazione italiana che precedentemente non contemplava tale tipo di rimedio. Si tratta di un istituto attraverso il quale, in attuazione dell’art. 2 della direttiva 89/665 che impone agli Stati membri di conferire agli organi che hanno la competenza in materia di ricorsi la facoltà di adottare qualsiasi provvedimento provvisorio indipendentemente da ogni azione proposta, è possibile chiedere la tutela cautelare prima di proporre il ricorso di merito. In questo modo il Codice introduce uno strumento che non solo costituisce un agile strumento in favore dei partecipanti alle gare ma ha anche una funzione “contenitiva” del ricorso al contenzioso vero e proprio in quanto istituisce una sorta di primo filtro per scoraggiare appelli alla giustizia con finalità meramente dilatoria.

La Parte quinta contiene le disposizioni di coordinamento, transitorie e le abrogazioni; a queste norme seguono poi gli Allegati che ripropongono *in toto* il contenuto degli Allegati tecnici della normativa comunitaria.

Si segnala, in ultimo, che con il decreto legge 4 luglio 2006, n. 233, convertito con la legge 4 agosto 2006, n. 248, recante “disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all’evasione fiscale”, il cosiddetto “decreto Bersani” sulle liberalizzazioni, sono state introdotte alcune disposizioni che incidono su materie anche oggetto del Codice. Si pone, pertanto la necessità di un coordinamento di disposizioni, considerata soprattutto la presenza nel d.lgs. 163/2006, all’art. 255, della clausola di resistenza in base alla quale “ogni intervento normativo incidente sul codice, o sulle materie

¹³ In particolare si rinvia ai seguenti atti della Corte di Giustizia europea: 1) la sentenza 19 settembre 1996 della Corte di Giustizia europea. Commissione delle Comunità europee contro la Repubblica ellenica, in causa C- 236/95, Raccolta 1996, pagina I-04459; 2) la sentenza 15 maggio 2003 della Corte di Giustizia europea. Commissione della Comunità europea contro il Regno di Spagna, in causa C-214/00, Raccolta 2003; 3) l’ordinanza 29 aprile 2004 della Corte di Giustizia europea, in causa C- 202/03.

dallo stesso disciplinate, va attuato mediante esplicita modifica, integrazione deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in esso contenute”.

La disciplina dettata dal Codice assume una importanza fondamentale soprattutto in relazione alla ripartizione della competenza legislativa esclusiva e concorrente tra Stato e Regioni nell’ambito dei contratti pubblici. Infatti, il Codice, all’art. 4, ha individuato dettagliatamente gli ambiti di competenza dei due legislatori cercando in questo modo di colmare la lacuna insita nella formulazione del novellato art. 117 della Costituzione che, elaborando il rovesciamento dell’enumerazione delle competenze legislative, riconosce al legislatore nazionale competenze enumerate e ai legislatori regionali competenza generale residuale in tutte quelle materie non espressamente enucleate negli elenchi dell’art. 117, commi 2 e 3.

Si tratta di una materia, quella della disciplina dei contratti pubblici, che nell’attuale riparto di potestà legislativa operato dall’art. 117, Cost., non risulta attribuita espressamente né alla potestà esclusiva dello Stato né rientra nelle materie di potestà concorrente.

Di conseguenza, secondo la “clausola residuale”, di cui all’art. 117, comma 4, per cui tutto quello che non risulta espressamente attribuito allo Stato o alla potestà concorrente è attribuito, in via residuale, alle Regioni, la disciplina dei lavori pubblici sarebbe da ricondurre tra quelle di potestà legislativa esclusiva delle Regioni.

Tuttavia, tale orientamento interpretativo, ancor prima della redazione del Codice, era stato messo in discussione da una consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale che, chiamata a svolgere il ruolo di *arbiter* dei rapporti tra i vari livelli di governo, soprattutto dopo la riforma del Titolo V, ha provveduto a fornire una prima soluzione alla *vexata quaestio* circa il riparto della competenza legislativa in materia di contratti pubblici.

In particolare nelle sentenze nn. 302 e 303 del 2003 il giudice costituzionale ha statuito che non è possibile *a priori* considerare i “lavori pubblici” come una materia che può essere attribuita in blocco alla disciplina legislativa statale o regionale, ma piuttosto come ambito per il quale è possibile individuare spazi di intervento “pro-quota” riservati ad entrambi i legislatori. Si tratta, infatti, 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 o a potestà legislative concorrenti¹⁴.

¹⁴ Corte cost. sent. n. 303/2003.

Non si può sicuramente dubitare del fatto che alcune materie che rientrano nella potestà legislativa esclusiva dello Stato hanno carattere trasversale, afferendo in modo più o meno penetrante alla materia dei lavori pubblici, quali la tutela della concorrenza, per quanto riguarda, ad esempio, la qualificazione degli operatori economici ai fini della partecipazione alle gare, oppure l'ordinamento civile, per ciò che concerne ad esempio la disciplina economica dei lavori e quella delle varianti.

La difficoltà risiede, soprattutto, nell'individuare quali profili nell'ambito del procedimento di realizzazione di lavori pubblici (dalla programmazione alla fase di collaudo) siano ricollegabili alle materie riservate alla legislazione esclusiva statale o concorrente e quali aspetti siano invece lasciati alla potestà esclusiva del legislatore regionale.

Un primo importante contributo nel senso di ridurre la problematicità della questione è rappresentato da un recente parere del Consiglio di Stato¹⁵, relativo allo schema di decreto legislativo inerente il Codice, con il quale sono indicati gli aspetti relativi ai lavori pubblici che, a giudizio dello stesso Consiglio, rientrerebbero nella potestà legislativa esclusiva dello Stato, tra i quali la qualificazione e selezione dei concorrenti, i criteri di aggiudicazione il subappalto ed il contenzioso in quanto segmenti procedurali che attengono alla concorrenza o all'ordinamento civile.

Tuttavia, la problematicità che permea il dibattito sui rapporti Stato- Regione non solo non viene risolta dal parere su citato, ma viene addirittura ampliata da alcune affermazioni del Consiglio di Stato; basti pensare ai profili problematici sollevati dall'affermazione secondo la quale "la concorrenza gioca un ruolo fondamentale, ma è da verificare se ciononostante sia possibile un intervento normativo regionale".

Il tema è stato affrontato anche dalle Commissioni parlamentari competenti per materia che si sono espresse sullo schema del Codice, riconfermando in parte il contenuto del parere del Consiglio di Stato circa la necessità di attribuire gran parte dei profili della materia "lavori pubblici" alla potestà esclusiva del legislatore statale.

Il testo definitivo del Codice fa proprie le indicazioni fornite dal Consiglio di Stato e dall'VIII commissione della Camera dei Deputati e, pertanto, attribuisce gran parte della propria disciplina agli ambiti di competenza legislativa esclusiva dello Stato.

Infatti, l'art. 4, comma 3, del d.lgs. 163/2006 definisce di competenza esclusiva statale i seguenti aspetti: la qualificazione e la selezione dei concorrenti; le procedure di

¹⁵ Si veda il parere del Consiglio di Stato del 6 febbraio 2006.

affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa; i criteri di aggiudicazione; il subappalto; i poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; le attività di progettazione ed i piani di sicurezza; la stipulazione e l'esecuzione dei contratti, ivi compresi la direzione dell'esecuzione ed il collaudo; il contenzioso, la disciplina dei contratti per la tutela dei beni culturali, dei contratti nel settore della difesa ed infine dei contratti segretati e che esigono particolari misure di sicurezza. Si tratta, come già affermato, di materie riconducibili alla nozione di "tutela della concorrenza" e di "ordinamento civile", attribuite alla legislazione esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, comma 2, lettere e) e l), Cost. e che, come tali, richiedono una uniforme disciplina su tutto il territorio nazionale.

Relativamente alle materie oggetto di competenza concorrente tra Stato e Regioni, il Codice prevede che le Regioni esercitino la propria potestà nel rispetto dei principi fondamentali emanati dallo Stato, 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.

Tuttavia, tale scelta normativa è stata messa in discussione dalle Regioni, alcune delle quali¹⁶ hanno presentato ricorso alla Corte costituzionale ai sensi dell'art. 127, comma 2, Cost., ritenendo il riparto delle competenze operato dal Codice non conforme a quanto disposto dal novellato art. 117, Cost., mentre altre hanno provveduto a disciplinare la materia "appalti" in maniera in parte difforme dal Codice, mettendone in discussione, pertanto, praticamente, la legittimità costituzionale.

In particolare, le Regioni che si sono mosse verso questa seconda direzione sono state: la Campania¹⁷, la Toscana¹⁸, il Veneto¹⁹, la Sardegna²⁰, la Calabria²¹, ed in ultimo la

¹⁶ Nelle "more" dell'emanazione dei decreti correttivi, le Regioni Abruzzo, Lazio, Piemonte, Toscana, Veneto e la Provincia autonoma di Trento hanno proposto ricorso di legittimità costituzionale avverso il decreto legislativo n. 163 del 2006, impugnando, in particolare, l'articolo 4 che provvede al riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di appalti.

¹⁷ Cfr. la legge regionale n. 3 del 27/02/2007 pubblicata sul Bur n. 15 del 19/03/2007, recante norme per la "Disciplina dei lavori pubblici, dei servizi e delle forniture in Campania".

¹⁸ Cfr. la legge regionale n. 38 del 13/07/2007 pubblicata sul Bur n. 20 del 18/07/2007, recante "Norme in materia di contratti pubblici e relative disposizioni sulla sicurezza e regolarità del lavoro".

¹⁹ Cfr. la legge regionale n. 17 del 20/07/2007 pubblicata sul Bur n. 65 del 24/07/2007, recante "Modifiche alla legge regionale 7 novembre 2003, n. 27 "Disposizioni generali in materia di lavori pubblici di interesse regionale e per le costruzioni in zone classificate sismiche".

²⁰ Cfr. la legge regionale n. 5 del 07/08/2007 pubblicata sul Bur n. 26 del 11/08/2007, recante norme in materia di "Procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, in attuazione della direttiva comunitaria n. 2004/18/CE del 31 marzo 2004 e disposizioni per la disciplina delle fasi del ciclo dell'appalto".

Liguria²². Tutte le Regioni qui indicate hanno disciplinato la materia lavori pubblici adottando dei veri e propri testi organici con cui hanno interferito in alcuni degli ambiti materiali assegnati alla potestà esclusiva statale, dettando una normativa difforme o contrastante con quella contenuta nel Codice.

Proprio per questo motivo, in seguito all'attenta analisi di legittimità costituzionale della normativa regionale in materia effettuata dal Dipartimento degli Affari regionali, il Consiglio dei Ministri ha deliberato, ai sensi dell'art. 127, Cost., la loro impugnativa dinanzi alla Corte costituzionale, chiamata ancora una volta ad assumere il ruolo di *arbiter* nei rapporti tra Stato e Regioni, in merito all'applicazione e all'interpretazione dell'art. 117 della Costituzione.

Nel prossimo paragrafo si analizzeranno le normative regionali e le relative censure alla luce delle disposizioni del d.lgs. 163/2006, che hanno operato da norme interposte rispetto al parametro costituzionale di riferimento.

2. LA LEGISLAZIONE REGIONALE IN MATERIA DI APPALTI.

Alcune Regioni, in seguito all'entrata in vigore del d.lgs. 163/2006 che ha apportato sostanziali modifiche alla disciplina degli appalti per lavori, servizi e forniture, hanno adottato dei testi normativi organici con cui hanno provveduto a modificare la precedente normativa regionale in materia, alla luce sia delle novità legislative in materia sia del nuovo quadro costituzionale di riferimento che ha ampliato la potestà legislativa regionale.

La prima Regione che ha approvato un testo legislativo organico in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dopo l'emanazione del Codice dei contratti, è stata la Campania con la legge regionale n. 3 del 27/02/2007 pubblicata sul BUR n. 15 del 19/03/2007 e recante la “disciplina dei lavori pubblici, dei servizi, e delle forniture in Campania”. Con la legge in questione, composta da 88 articoli, la Regione disciplina la programmazione, la progettazione, l'affidamento, l'esecuzione, il collaudo e la manutenzione di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture di qualsiasi importo da eseguirsi sul territorio regionale.

²¹ Cfr. la legge regionale n. 26 del 07/12/2007 pubblicata sul Bur n. 22 del 12/12/2007, recante disposizioni in materia di “Istituzione dell'Autorità regionale denominata "Stazione Unica Appaltante" e disciplina della trasparenza in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture”.

²² Cfr. la legge regionale n. 31 del 13/08/2007 pubblicata sul Bur n. 22/08/2007, recante norme per la “Organizzazione della regione per la trasparenza e la qualità degli appalti e delle concessioni”.

In sede di controllo di legittimità costituzionale del provvedimento regionale su citato, *ex art. 127, Cost.*, pur essendo stati rilevati profili di illegittimità costituzionale, non si è avuta la deliberazione di impugnativa dello stesso da parte del Consiglio dei Ministri, a fronte, però di un impegno della Regione a modificare il testo normativo in modo da adeguarlo al d.lgs. 163/2006, superando i rilievi di incostituzionalità²³. Nel caso di specie, quindi, l'attivazione delle procedure di negoziazione presso il Dipartimento Affari regionali con la Regione interessata ha consentito di evitare lo strumento del contenzioso costituzionale.

Diversa è stata, invece, la "sorte" della legge della Regione Toscana n. 38 del 13/07/2007 pubblicata sul Bollettino ufficiale regionale n. 20 del 18/07/2007 e recante "Norme in materia di contratti pubblici e relative disposizioni sulla sicurezza e regolarità del lavoro".

Con tale legge, composta da 74 articoli, la Regione definisce l'ambito di applicazione della stessa, le finalità, e provvede a stabilire le nuove competenze dell'Osservatorio regionale sui contratti pubblici, organismo già esistente sul territorio regionale, che si configura come uno strumento prioritario di monitoraggio e supporto sia al regolare svolgimento delle procedure di appalto pubblico sia all'attività dell'Osservatorio nazionale, di cui all'art. 7 del d. lgs. 163/2006. Numerose disposizioni sono rivolte alla disciplina della sicurezza e regolarità del lavoro al fine di assicurare, sia nell'ambito delle procedure di gara che nella fase di esecuzione contrattuale, controlli e verifiche sotto il profilo della salute dei lavoratori e di quello della lotta al lavoro non regolare. La legge detta, poi, regole per la programmazione dell'attività contrattuale e disposizioni finalizzate alla snellezza procedurale ed alla semplificazione amministrativa nonché norme per la qualificazione, razionalizzazione e semplificazione delle attività della committenza pubblica dettando inoltre regole dettagliate per l'attività contrattuale della Regione e degli enti da essa dipendenti. Disposizioni particolari concernenti l'attività contrattuale in materia sanitaria e norme finali e transitorie chiudono la legge regionale.

In sede di controllo di legittimità costituzionale del provvedimento regionale su citato, *ex art. 127, Cost.*, sono stati rilevati profili di illegittimità costituzionale che hanno determinato la deliberazione di impugnativa dello stesso da parte del Consiglio dei Ministri.

²³ Si segnala, in proposito, che le modifiche alla l.r. 3/2007 sono intervenute con l'approvazione della Legge finanziaria n. 1/2008, il cui articolo 27 provvede ad adeguare il provvedimento in materia di appalti alla normativa statale di riferimento.

La deliberazione di impugnativa è, però, intervenuta solo in seguito all'attivazione di procedure di conciliazione, presso il Dipartimento Affari regionali, con la Regione interessata allo scopo di superare il contenzioso costituzionale, in applicazione del principio di leale collaborazione.

Nonostante la pratica conciliativa messa in atto, numerose sono state le disposizioni ritenute censurabili, perché invasive della competenza esclusiva statale di cui all'articolo 4, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006 e, pertanto, impuginate dinanzi alla Corte costituzionale. In particolare, sono state impuginate tutte le norme che disciplinano in modo difforme dalle disposizioni contenute nel Codice dei contratti pubblici i criteri di aggiudicazione, i criteri di subappalto, i piani di sicurezza, le procedure di affidamento e aspetti inerenti le retribuzioni ai lavoratori dell'impresa appaltatrice²⁴. Si tratta, infatti, di profili che, ai sensi dell'art. 4, comma 3, del d.lgs. 163/2006 rientrano nella competenza esclusiva statale in quanto concernenti la tutela della concorrenza e l'ordinamento civile.

Eguale numerose sono state le norme ritenute censurabili, in sede di esame di legittimità costituzionale, della legge della Regione Veneto n. 17 del 20/07/2007 pubblicata sul Bollettino ufficiale regionale e recante "Modifiche alla legge regionale 7 novembre 2003, n. 27 "Disposizioni generali in materia di lavori pubblici di interesse regionale e per le costruzioni in zone classificate sismiche". Con tale provvedimento, che consta di 44 articoli, la Regione apporta modifiche alla precedente disciplina in materia. Ai sensi dell'art. 1 della presente legge si considerano lavori pubblici di interesse regionale e, quindi rientranti nel campo di applicazione di tali previsioni, quelli affidati anche ai soggetti indicati nell'art. 32 del d.lgs. 163/2006 e quelli realizzati dai privati in attuazione degli accordi tra soggetti pubblici e privati previsti dalla l.r. 11 del 2004.

Per quanto concerne l'affidamento dei servizi relativi all'architettura e all'ingegneria, si dispone che gli incarichi di progettazione per importi superiori alla soglia comunitaria siano regolamentati dal d.lgs. 163/2006; invece, gli incarichi per importi inferiori sono disciplinati dalla presente legge regionale che prevede tra i criteri di affidamento, nel rispetto del diritto comunitario, i principi di non discriminazione, di parità di trattamento, di proporzionalità e di trasparenza. Si disciplinano, poi, l'esecuzione dei lavori, l'affidamento ed i criteri per l'aggiudicazione dei lavori, sicurezza e tutela del lavoro, ed il collaudo; in materia di collaudo si prevede che per gli incarichi che richiedano un

²⁴ Per i motivi di impugnativa della l.r. 38/2007 della Regione Toscana si rimanda alla documentazione inserita nella sezione "contenzioso costituzionale" del sito www.affariregionali.it

importo pari o superiore alla soglia comunitaria si applichi la normativa statale di ricezione delle direttive comunitarie in materia, mentre per gli incarichi inferiori si applichino le disposizioni ed i criteri di affidamento della presente legge.

Anche per la legge della Regione Veneto, i motivi fondanti del ricorso dinanzi alla Corte costituzionale devono essere ravvisati nell'eccesso di competenza regionale, a fronte del fatto che il provvedimento in questione disciplina in maniera difforme profili rientranti nella competenza esclusiva statale, ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. 163/2006, in quanto attinenti l'ordinamento civile e la tutela della concorrenza, e, pertanto si pone in violazione dell'art. 117, comma 2, lettere e), l), Cost.

Analoghe considerazioni valgono per la legge della Regione Calabria n. 26 del 7/12/2007 che istituisce l'Autorità regionale denominata "Stazione Unica Appaltante" e disciplina la trasparenza in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture. Con tale provvedimento, composto da 16 articoli, al fine di assicurare la correttezza, la trasparenza e l'efficienza della gestione dei contratti pubblici è istituita l'Autorità regionale per i procedimenti e la vigilanza nella materia dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che assume la denominazione di Stazione Unica Appaltante (SUA), con il compito di svolgere l'attività di preparazione, indizione e di aggiudicazione delle gare concernenti lavori ed opere pubbliche, acquisizioni di beni e forniture di servizi a favore della Regione Calabria e degli Enti, Aziende, Agenzie ed Organismi da essa dipendenti, vigilati o ad essa collegati, per gli enti del servizio sanitario regionale, cui è fatto obbligo di ricorrere alla SUA nei modi e termini stabiliti dalla presente legge, nonché degli altri Enti pubblici della Calabria che intendono ricorrere alla SUA in regime di convenzione. La SUA esercita altresì le attività di controllo sull'esecuzione delle procedure e attività su citate, nonché il compito di sottoporre gli appalti ad indagini e verifiche allo scopo di garantire il rispetto delle norme in materia di sicurezza dei lavoratori. Sono disciplinati gli organi della SUA, il cui regolamento di organizzazione spetta al Direttore generale, e le loro attribuzioni.

Si istituisce, all'interno della SAU, l'Osservatorio regionale dei contratti pubblici, nel rispetto di quanto disposto dall'art. 7, comma 1 del d.lgs. 163/2006; si tratta di uno strumento tecnico- gestionale della Regione che costituisce articolazione operativa sia della SUA sia dell'Osservatorio nazionale. Sono definite le funzioni e le modalità di funzionamento di tale struttura.

Si registra una particolare attenzione della Regione in relazione alla sicurezza e tutela dei lavoratori: si prescrive, infatti, l'obbligo di redigere il piano di sicurezza, per i

lavori di importo superiore a 150.000 euro, ed il rispetto dei principi di cui all'art. 4, comma 1, del d.lgs. 494/1996, per i lavori di importo inferiore della somma su indicata (art.11). Si prevede, inoltre, l'obbligo di applicare o far applicare all'operatore economico, integralmente nei confronti di tutti i lavoratori dipendenti impiegati nella esecuzione degli appalti le condizioni economiche e normative previste dai contratti collettivi nazionali e territoriali di lavoro della categoria vigenti, e per gli appalti di lavori, anche durante l'esecuzione, la verifica degli obblighi relativi alla iscrizione dei lavoratori alle Casse Edili ed alla regolarità contributiva. Infine, per evitare il ricorso al lavoro sommerso e le irregolarità in edilizia e negli appalti, nonché per la verifica della corretta applicazione delle norme vigenti in materia di sicurezza e di regolarità contributiva, è demandato alla SUA il compito di sottoporre gli appalti ad indagini e verifiche.

Tale legge è stata oggetto di impugnativa da parte del Governo, in quanto, dettando disposizioni difformi da quelle del Codice dei contratti in materia di vigilanza sui lavori pubblici, di subappalto e di piani di sicurezza, è stata ritenuta invasiva delle competenze statali di cui all'articolo 117, comma 2, lettera e) e l), della Costituzione .

Più complesso è l'inserimento nel quadro giuridico in materia di appalti della legge della Regione Sardegna n. 5 del 7/8/2007, dal momento che si tratta di una Regione a statuto speciale le cui competenze legislative trovano disciplina nella l. cost. 2/1948, recante lo statuto speciale per la Regione Sardegna.

Con tale provvedimento, che consta di 74 articoli, la Regione autonoma Sardegna, nell'esercizio della propria competenza legislativa primaria, ex art. 3, comma 1, lettera e) del proprio statuto, dispone le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, in attuazione della direttiva comunitaria n. 2004/18/CE, e disciplina le fasi del ciclo dell'appalto.

L'ambito di applicazione della presente legge è costituito dagli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi di importo sia inferiore che superiore alle soglie comunitarie da eseguirsi sul territorio regionale indipendentemente dalla provenienza dei finanziamenti; sono, invece, esclusi gli appalti da aggiudicarsi a cura delle amministrazioni e degli enti dello Stato disciplinati dal Codice dei contratti pubblici, il d.lgs. 163/2006.

Entro due mesi dall'entrata in vigore della presente legge, la Giunta regionale adotta un regolamento di attuazione che deve essere approvato dal Consiglio, con cui devono essere definiti le funzioni ed i compiti del responsabile del procedimento, le forme di pubblicità e di conoscibilità degli atti procedimentali, la valutazione delle offerte con il

criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e la procedura di verifica e validazione dei progetti.

Il Titolo II detta disposizioni in materia di programmazione e progettazione dei lavori, forniture e servizi pubblici (fase interna). Allo scopo di favorire il coordinamento tecnico e amministrativo in materia di lavori pubblici, viene istituita presso l'assessorato regionale competente in materia l'Unità tecnica regionale con funzione consultiva. Sono definite le funzioni del responsabile del procedimento nominato ai sensi della l. 241/1990, le tipologie progettuali, le caratteristiche e i contenuti dei progetti per l'appalto di lavori. Sono indicati i soggetti chiamati a svolgere l'attività di progettazione e direzione dei lavori e specificate le modalità dell'attività di verifica tecnica su ciascuna fase di progettazione.

Il Titolo III disciplina la procedura di gara per l'affidamento dell'appalto e della concessione (fase di evidenza pubblica). Sono indicati: le fasi della procedura, il contenuto dei contratti dei lavori, le tipologie di procedure che possono essere impiegate per l'affidamento degli appalti, i criteri di aggiudicazione, le modalità per la verifica della congruità delle offerte, i termini per la presentazione delle domande e delle offerte e le modalità di pubblicità. Si prevede, inoltre, la possibilità per i soggetti aggiudicatori di ricorrere alla procedura di licitazione privata semplificata per l'affidamento dei lavori di importo superiore a 200.000 euro e sino all'importo di 1.500.000 euro. Tale procedura deve essere adottata nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza. Si individuano i criteri per la selezione degli operatori economici e si disciplinano le diverse procedure che possono essere adottate per gli appalti: procedura negoziata con pubblicazione di bando di gara, procedura negoziata senza bando di gara, lavori da eseguirsi in economia, sistemi dinamici di acquisizione, asta elettronica.

Disposizioni specifiche sono dettate in materia di appalti pubblici di lavori per l'edilizia sociale, di sicurezza sul lavoro e tutela dei lavoratori.

Sono disciplinati in modo dettagliato gli strumenti di garanzia a corredo dell'offerta: diverse sono le condizioni previste a seconda che si tratti di appalti di servizi e forniture o di lavori e a seconda dell'importo.

Il Titolo IV disciplina la realizzazione, il controllo e collaudo dell'appalto e della concessione (fase di esecuzione). In particolare sono indicate le situazioni in cui possono essere ammesse le varianti in corso di esecuzione, le modalità di collaudo e regolare esecuzione dei servizi e delle forniture, e si prescrivono norme acceleratorie in materia di

contenzioso per lavori pubblici ai fini della semplificazione procedurale. Le condizioni richieste per autorizzare i subappalti sono le stesse stabilite dell'art. 118 del d.lgs. 163/2006.

Il Titolo V concerne l'organizzazione regionale per la trasparenza e la qualificazione degli appalti pubblici. Si istituisce l'Osservatorio regionale dei lavori pubblici con lo scopo di armonizzare l'attività su tutto il territorio regionale e di fornire i dati alle autorità nazionali in applicazione del principio di leale collaborazione, fermo restando le attribuzioni dell'Autorità di vigilanza di cui all'art. 6 del d.lgs. 163/2006. Sono garantite, per il tramite dell'osservatorio regionale, la trasparenza del ciclo dell'appalto e dell'attribuzione degli incarichi professionali.

Il Titolo VI concerne la tutela della qualità dell'ideazione e della realizzazione architettonica e dispone procedure per l'inserimento di opere d'arte negli edifici pubblici, nel rispetto del richiamato d.lgs. 42/2004.

Nel Titolo VII si opera il rinvio al d.lgs. 163/2006 per tutti gli aspetti non regolati dalla presente legge, sono indicate le abrogazioni di norme intervenute, ed infine la clausola di copertura finanziaria. In ultimo vi sono sette allegati alla legge contenenti definizioni tecniche.

La complessità dell'esame di legittimità costituzionale della legge della Regione Sardegna deriva da una parte dal fatto che il legislatore regionale, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lettera e, della l. cost. 3/1948 recante lo Statuto speciale per la Sardegna, ha una potestà legislativa primaria in materia di lavori pubblici di esclusivo interesse regionale, e dall'altra dal fatto che la Corte ha più volte statuito (in particolare si veda la sent. n. 536/2002) che, nel caso in cui una materia attribuita dallo Statuto speciale alla potestà primaria della Regione interferisca in tutto o in parte con un ambito spettante ai sensi dell'art. 117, comma 2, Cost., alla potestà legislativa esclusiva statale, il legislatore nazionale possa incidere sulla materia di competenza regionale qualora l'intervento sia volto a garantire standards minimi ed uniformi ed introdurre limiti unificanti che rispondano ad esigenze riconducibili ad ambiti riservati alla competenza esclusiva dello Stato.

Nel caso di specie la "tutela della concorrenza" e l' "ordinamento civile" di competenza esclusiva statale, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lettera e) e lettera l), Cost., possono certamente interferire con la materia dei lavori pubblici, per cui tutti gli aspetti disciplinati dal d.lgs. 163/2006 inerenti questi profili devono ritenersi vincolanti anche per la Regione speciale Sardegna che pertanto non può introdurre una disciplina difforme. In particolare il d.lgs. n. 163/2006, recante il Codice dei contratti pubblici, ha individuato

all'art. 4, comma 3, quegli aspetti della disciplina dei contratti pubblici che rientrano nella competenza esclusiva dello Stato : qualificazione e selezione dei concorrenti, procedure di affidamento, criteri di aggiudicazione, subappalto, poteri di vigilanza sul mercato, attività di progettazione e piani di sicurezza, stipulazione ed esecuzione dei contratti, direzione dell'esecuzione e collaudo, contenzioso, contratti per la tutela dei beni culturali, nel settore della difesa, segreti e che esigono particolari misure di sicurezza.

Inoltre, le materie richiamate all'art. 4, comma 3 dal Codice, possono pacificamente considerarsi espressione di riforma economico-sociale che, in quanto tale, vincola il legislatore regionale sardo ai sensi dell'art. 3, comma 1 dello statuto, in base al quale lo stesso deve disciplinare le materie ivi elencate "in armonia con la Costituzione e i principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica e col rispetto degli obblighi internazionali e degli interessi nazionali, nonché delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica". Ciò è stato confermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 51/2006 ove è disposto che "il legislatore statale conserva quindi il potere di vincolare la potestà legislativa primaria della Regione speciale attraverso l'emanazione di leggi qualificabili come riforme economico-sociali, con la conseguenza che le norme fondamentali contenute negli atti legislativi statali emanati in tali materie potranno continuare ad imporsi al rispetto delle Regioni speciali". Inoltre, l'art. 4, comma 5 del d.lgs. 163/2006 prevede che le Regioni speciali adeguino la propria legislazione in materia secondo le disposizioni statutarie.

Pertanto sono state ritenute censurabili, perché invasive della competenza esclusiva statale di cui all'art. 4, comma 3, del d.lgs. 163/2006 ed in violazione dei vincoli posti al legislatore regionale dal suindicato art. 3, comma 1 dello Statuto, varie disposizioni della legge in oggetto²⁵.

Il ricorso al contenzioso costituzionale sia da parte del Governo, che ha deliberato le impugnative in via principale di gran parte delle leggi regionali in materia di appalti, sia da parte di alcune Regioni che hanno sollevato dubbi di illegittimità costituzionale su numerose norme del d. lgs. 163/2006 è indice della problematicità del riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia. Infatti, da una parte le Regioni asseriscono che la materia dei contratti pubblici rientra negli ambiti di competenza concorrente e che, pertanto, il riparto di cui all'art. 4 del d.lgs. 163/2006 sia stato delineato dal legislatore ordinario in chiara violazione

²⁵ Per i motivi di impugnativa della l.r. 5/2007 della Regione Sardegna si rimanda alla documentazione inserita nella sezione "contenzioso costituzionale" del sito www.affariregionali.it

dell'art. 117 della Costituzione; dall'altra parte, invece, il legislatore statale nel predisporre una normativa organica in materia di appalti ha individuato tutti gli aspetti per i quali è necessaria una disciplina uniforme su tutto il territorio nazionale, in quanto rientranti nella competenza esclusiva statale, di cui all'art. 117, comma 2, Cost. In questo modo, il legislatore statale ha provveduto a riempire di contenuto, almeno per quanto concerne la materia degli appalti, le due voci " tutela della concorrenza" e "ordinamento civile" attribuite alla potestà legislativa dello Stato dal novellato art. 117, Cost.

Si può, dunque, affermare che, nonostante il d.lgs. 163/2006 abbia elencato gli ambiti di competenza esclusiva statale ed i profili di competenza concorrente- lasciando al legislatore regionale, in via residuale, la disciplina di tutti gli altri profili concernenti la materia "lavori pubblici" non ivi indicati – si è manifestato il problema di delineare praticamente i confini di delimitazione tra le aree di competenza statale, quelle concorrenti e quelle residuali regionali, soprattutto alla luce del novellato art. 117 della Costituzione. Si tratta di un problema che ha chiamato ancora una volta la Corte costituzionale a sopperire all'indeterminatezza del riparto costituzionale di competenze legislative dal momento che è stata chiamata a pronunciarsi sul punto da entrambi i " contendenti".

In questo assetto giuridico caratterizzato da molteplici criticità, assume, pertanto, un ruolo estremamente rilevante la recente pronuncia della Corte costituzionale²⁶ in merito alle attribuzioni ai diversi livelli di governo nella materia dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Si può sicuramente parlare di una sentenza chiarificatrice che chiude, almeno fino a successivi interventi legislativi in materia, la *vexata quaestio* del riparto di competenze tra Stato e Regioni su tali ambiti.

3. LA SENTENZA 401/2007 DELLA CORTE COSTITUZIONALE.

Nella sentenza 401/2007, la Corte Costituzionale, sollevata in via principale, ex art. 127, Cost., con ricorsi delle Regioni Toscana, Veneto, Piemonte, Lazio, Abruzzo e della Provincia autonoma di Trento, va a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di alcune disposizioni del d.lgs. 163/2006.

Le ricorrenti, ossia le Regioni, hanno presentato e notificato ricorsi autonomi che, però, sono stati oggetto di una trattazione unitaria e di un'unica decisione da parte della Corte, data la analogia delle questioni sollevate. Infatti, le Regioni hanno presentato ragioni

²⁶ Si veda la sentenza n. 401/2007 della Corte costituzionale.

analoghe a sostegno della presunta illegittimità costituzionale di un pluralità di disposizioni del Codice degli appalti, a partire dagli articoli 4 e 5, concernenti il riparto di competenze tra Stato e Regioni, dalle quali censure deriva conseguentemente l'impugnazione di tutte le altre norme che dettano una disciplina nelle materie ritenute di competenza legislativa concorrente o residuale regionale e non di competenza esclusiva statale, come, invece, previsto nella stessa disposizione di cui all'art. 4 del d. lgs. 163/2006. Interessanti sono le osservazioni nel merito esposte nei ricorsi regionali.

In proposito, le ricorrenti assumono, innanzitutto, la illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 2, seconda parte, limitatamente alle parole «programmazione di lavori pubblici», «organizzazione amministrativa», «compiti e requisiti del responsabile del procedimento», per violazione dell'art. 117 Cost.

Per quanto attiene alla «programmazione di lavori pubblici», si sottolinea come la stessa non sia una materia in senso proprio ma un modo di esercizio delle competenze, che deve essere disciplinato di volta in volta con fonti statali o regionali a seconda dell'attinenza dell'attività di programmazione ad ambiti di competenza dello Stato o delle Regioni. Si conclude, pertanto, nel senso che la programmazione di lavori pubblici di interesse regionale rientra nella competenza residuale regionale e non in quella concorrente.

In relazione alla materia «organizzazione amministrativa», la ricorrente pone in evidenza che tale materia, con riferimento agli enti non statali, come riconosciuto dalla stessa giurisprudenza costituzionale (si cita la sentenza numero 17 del 2004), è oggetto di potestà legislativa regionale residuale e non concorrente (sottolineandosi come il Governo, sul punto, abbia, altresì, disatteso le considerazioni svolte dal Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza del 28 settembre 2006, n. 355).

Infine, per quanto riguarda i «compiti e requisiti del responsabile del procedimento», si rileva come non si tratti, anche in questo caso, di un aspetto oggetto di potestà legislativa concorrente, attenendo essi ai profili organizzativi «che sono lasciati alla libera regolazione del legislatore regionale».

Le ricorrenti assumono, poi, la illegittimità dell'art. 4, comma 3, per violazione dell'art. 117, commi 2, 3, 4 e 5, Cost., nella parte in cui si stabilisce che le Regioni non possono prevedere una disciplina diversa nei settori di seguito indicati.

Innanzitutto, si contesta l'inclusione del «subappalto» nell'ambito applicativo della norma censurata, atteso che il collegamento con la tutela della concorrenza sarebbe così labile che se fosse sufficiente a radicare la potestà legislativa statale determinerebbe una

espansione abnorme della stessa "tutela". Ciò in quanto nelle relazioni economico-contrattuali non vi è un elemento che non possa in astratto essere riguardato sotto il profilo concorrenziale. Nell'ottica della difesa regionale, il subappalto apparterebbe piuttosto alle modalità attraverso le quali viene raggiunto il risultato "economico" al quale è preordinato il contratto.

Per quanto concerne, invece, l'«attività di progettazione» di opere e impianti, per come è intesa nel Codice, alla luce anche del parere reso dal Consiglio di Stato, sopra richiamato, si sottolinea come la stessa attenga alla materia «governo del territorio», comprensiva delle materie urbanistica ed edilizia.

In relazione al riferimento, contenuto sempre nella norma in esame, ai «piani di sicurezza», si osserva che, come riconosciuto anche dal Consiglio di Stato nel citato parere, gli stessi attengono alla materia concorrente «sicurezza sul lavoro» (che è, tra l'altro, indicata nel secondo comma dello stesso art. 4 come, appunto, materia concorrente) per ciò che concerne la riduzione al minimo dei rischi di infortuni dei lavoratori impiegati nell'appalto, al «governo del territorio», per la parte relativa alla progettazione esecutiva, nonché, infine, alla «istruzione professionale».

Per quanto attiene alla «stipulazione e all'esecuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell'esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione di profili di organizzazione e contabilità amministrative», si sottolinea che tali settori coinvolgono aspetti organizzativi e procedurali dell'azione amministrativa e andrebbero, pertanto, inclusi, a seconda dell'oggetto, tra le materie di competenza concorrente o residuale; nella specie, si puntualizza, non verrebbero in rilievo la stipulazione e l'esecuzione come regolate dal codice civile e dunque rientranti nell'ambito della materia dell'ordinamento civile.

In relazione all'inclusione dell'istituto del collaudo nell'ambito della norma censurata, si osserva come non sussisterebbe alcun titolo in grado di giustificare «il condizionamento statale su una disciplina regionale che, regolando la materia, preveda l'adozione di atti finalizzati ad assicurare comportamenti uniformi delle stazioni appaltanti nella realizzazione dei lavori pubblici di interesse regionale».

Per quanto attiene, infine, ai «contratti relativi alla tutela dei beni culturali», si deduce che, pur essendo la materia relativa alla tutela dei beni culturali distinta dalla «valorizzazione», essa attiene anche ad aspetti della disciplina che non assolvono «ad una funzione di salvaguardia, come è ad esempio, per la determinazione della cauzione, per l'organizzazione amministrativa degli interventi, per il responsabile dei procedimenti, o per

la stessa approvazione dei progetti». Né, si aggiunge, sarebbe possibile svolgere il giudizio di prevalenza a favore della competenza statale, in quanto ciò sarebbe vietato dall'art. 118, terzo comma, Cost., il quale proprio con riferimento alla tutela dei beni culturali, impone alla legge statale di disciplinare «forme di intesa e di coordinamento».

Le Regioni assumono, altresì, la incostituzionalità dell'art. 4, comma 3, nella parte in cui prevede che le Regioni “non possono prevedere una disciplina diversa da quella del presente Codice”, anziché “non possono prevedere una disciplina contrastante con i principi desumibili dal presente Codice, in relazione alla tutela della concorrenza”, per asserita violazione dell'art. 117, commi 2, 3, 4, Cost., e del principio di ragionevolezza. In particolare, si contesta che lo Stato, anche in presenza della materia della tutela della concorrenza, “possa vincolare le Regioni con un insieme di norme, dettagliate ed eterogenee, tutte indiscriminatamente accomunate dal vincolo della inderogabilità”. Secondo le ricorrenti, in definitiva, sarebbe opportuno per superare le censure della disposizione in oggetto, ridurre la portata del vincolo imposto alle Regioni, imponendo loro solamente il rispetto dei principi fondamentali ricavabili dalla normativa.

Le ricorrenti lamentano, inoltre, la violazione dell'art. 117, comma 5 della Costituzione. In proposito la difesa regionale sottolinea che, con riferimento ai contratti di rilevanza comunitaria, il Governo era stato delegato ad emanare solamente le norme occorrenti per dare attuazione alle direttive comprese negli elenchi di cui agli allegati A e B, tra le quali sono indicate le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (art. 1, comma 1, della legge n. 62 del 2005). Sul piano dei rapporti con l'ordinamento comunitario, si evidenzia come l'art. 117, quinto comma, Cost. attribuisca alle Regioni, nelle materie di loro competenza, il potere di dare attuazione ed esecuzione agli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite dalla legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza. Tali modalità sono state determinate con la legge 4 febbraio 2005, n. 11 (Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari), la quale prevede che le Regioni hanno il potere di dare immediata attuazione alle direttive comunitarie in tutte le materie di loro competenza, con possibilità dello Stato di svolgere, in caso di inadempimento regionale, un intervento esclusivamente sostitutivo di natura preventiva, suppletiva e cedevole. La legge delega n. 62 del 2005 (in particolare, l'art. 1, comma 6) consentiva, in ragione della sussistenza di ambiti materiali di pertinenza regionale, l'attuazione delle direttive

comunitarie nei limiti previsti dalla legge n. 11 del 2005. Invero, l'art. 4, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006 contiene una norma in linea con quanto consentito dalla legge n. 11 del 2005; senonché, questa "è insanabilmente contraddetta dal precedente comma 3 dello stesso art. 4, che vincola le Regioni al rispetto incondizionato di una serie di norme, fatte rientrare in oggetti di legislazione statale esclusiva". Da qui, l'assunta illegittimità costituzionale del predetto comma 3 dell'art. 4, in quanto il Governo, con riferimento ai contratti di rilevanza comunitaria, non si sarebbe limitato a prevedere norme statali con esclusivo carattere suppletivo e cedevole. Per quanto attiene, invece, ai contratti di interesse regionale "sotto soglia", si assume la violazione dell'art. 76 Cost, atteso che il vincolo a dettare soltanto norme suppletive e cedevoli, pur non derivando dall'art. 117, quinto comma, Cost., era imposto dall'art. 5, comma 5, della legge delega n. 62 del 2005. Tale norma, attraverso il rinvio all'art. 1, comma 6, infatti, stabiliva che il Governo, nell'adoptare testi unici di raccolta delle norme di attuazione comunitarie e le norme meramente interne sulle stesse materie, avrebbe dovuto emanare esclusivamente norme suppletive e cedevoli.

L'ultimo parametro costituzionale invocato dalle Regioni è il principio di leale collaborazione. Infatti, si osserva come la materia della tutela della concorrenza interferisca con le competenze regionali sui lavori pubblici, sulla organizzazione amministrativa propria e degli enti da essa dipendenti, sulla disciplina delle funzioni amministrative. Da qui la necessità che la predetta materia statale sia coordinata con le competenze regionali mediante il modulo collaborativo dell'intesa, come più volte statuito dalla Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 303 del 2003. È, a tal proposito, significativo, si aggiunge, che lo stesso decreto legislativo in relazione a taluni aspetti preveda l'adozione di norme regolamentari previa intesa in sede di Conferenza unificata (artt. 201, comma 3, 204, comma 3, 252, comma 3) o sentita la Conferenza unificata (art. 204, comma 4) ovvero sentita la Conferenza Stato-Regioni (art. 253, comma 10).

In relazione alle questioni sollevate dalle Regioni, lo Stato, recuperando quanto già affermato dalla Corte nella sentenza su citata, ha sottolineato che la disciplina dei contratti pubblici investe diversi ambiti materiali, molti dei quali afferendo all'ordinamento civile, alla tutela della concorrenza, alla giurisdizione e alle norme processuali, rientrano nella competenza esclusiva dello Stato, ex art. 117, comma 2, Cost. Inoltre, si ritiene che la natura trasversale delle materie "tutela della concorrenza" ed "ordinamento civile", così come

stabilito dalla Corte nella sua consolidata giurisprudenza²⁷, giustificerebbe l'intervento del legislatore statale anche in ambiti di materia di competenza regionale sia concorrente che residuale.

Svolta questa premessa di carattere generale, la difesa dello Stato afferma che, contrariamente a quanto sostenuto dalle ricorrenti, il riparto di competenze di cui all'art. 4, commi 2 e 3, del d.lgs. 163/2006, è pienamente conforme alle disposizioni del novellato art. 117, commi 2, 3 e 4. In particolare, per quanto concerne le censure riferite all'art. 4, comma 2 del d.lgs. 163/2006, si ritiene che la disciplina inerente la «programmazione dei lavori pubblici» e l'«approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi» rientra nell'ambito della materia concorrente del governo del territorio (art. 117, terzo comma, Cost.). Quanto alla organizzazione amministrativa («che, fatta eccezione per gli enti ed organismi statali, compete, di regola, alle Regioni») si sottolinea come, con la sua riconduzione ad essa nell'ambito dell'art. 4, comma 2, il legislatore statale non avrebbe inteso sottrarre alle Regioni l'intera materia in esame, ma sottolineare che possono sussistere particolari profili relativi a principi che devono essere rispettati dal legislatore regionale (quali la garanzia della trasparenza o la presenza del responsabile del procedimento).

Per quanto attiene alle censure rivolte nei confronti dell'art. 4, comma 3 del Codice dei contratti, si formulano le seguenti osservazioni.

Si ritiene, innanzitutto, che per gli appalti sotto soglia, contrariamente a quanto sostenuto dalle ricorrenti, compete allo Stato la fissazione di comuni principi, che assicurino trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, nel rispetto del diritto comunitario.

In secondo luogo, si afferma che le procedure di affidamento non attengono a profili organizzativi ma alla materia della tutela della concorrenza, con la conseguenza che tali ambiti rientrano necessariamente nella competenza esclusiva statale.

Per quanto riguarda la progettazione, si assume che questa, nei suoi molteplici aspetti di affidamento degli incarichi di progettazione, di livelli e contenuto della progettazione, di esecuzione dei progetti, rientra per molti aspetti nella competenza esclusiva statale, venendo in rilievo la tutela della concorrenza, l'ordinamento civile, le opere dell'ingegno (tali sono i progetti), la determinazione di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, che devono essere assicurati su tutto il territorio nazionale, in quanto i livelli della progettazione mirano a garantire l'esecuzione a regola d'arte di opere pubbliche che sono destinate ad assicurare i diritti civili e sociali della collettività, nonché la tutela

²⁷ In particolare si veda la sent. n. 282/2002 sul sito www.consultaonline.it.

dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali, che si realizza attraverso una corretta progettazione. La difesa dello Stato precisa, però, che dalla competenza esclusiva statale debbano escludersi i profili relativi al governo del territorio afferenti alla competenza concorrente e che sono stati correttamente richiamati dal comma 2 dell'impugnato art. 4 (programmazione di lavori pubblici, approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi).

Analoghe considerazioni valgono, sempre nella prospettiva dell'Avvocatura generale, per i piani di sicurezza, in relazione ai quali la competenza legislativa esclusiva statale sarebbe relativa soltanto alla loro formazione, mentre rientrerebbero nella competenza concorrente gli aspetti contenutistici relativi alla normativa antinfortunistica.

In relazione al presunto contrasto con l'art. 117, comma 5, Cost., si sottolinea come il Codice abbia mantenuto ferma la competenza delle Regioni a dare attuazione alle direttive comunitarie nelle materie di loro competenza; in tali ambiti, infatti, per l'espressa previsione contenuta nell'art. 4, comma 4, le disposizioni del Codice stesso avrebbero natura cedevole applicandosi, sino a quando le Regioni non introducano una loro normativa.

Si ritiene, inoltre, non fondata neppure la censura di asserita violazione del principio di leale collaborazione, posto che da una parte, il testo del decreto legislativo è stato sottoposto all'esame della Conferenza Stato-Regioni, non assumendo rilevanza la circostanza che non siano state accolte le richieste regionali; dall'altra, non esiste un fondamento costituzionale dell'obbligo di adottare procedure legislative ispirate alla leale collaborazione tra Stato e Regioni, come invece sostenuto dalle ricorrenti che ritenevano opportuna la congiunta stesura del testo normativo in questione in applicazione del principio su richiamato.

Per quanto riguarda le censure formulate nei confronti di ulteriori norme contenute nel d.lgs. n. 163 del 2006, l'Avvocatura generale sottolinea l'infondatezza delle stesse, atteso che in relazione ai profili ivi disciplinati lo Stato avrebbe agito nell'esercizio della propria competenza nelle materie tutela della concorrenza e ordinamento civile.

La Corte Costituzionale, sulla base delle questioni sollevate nei ricorsi dalle Regioni e tenuto conto delle osservazioni formulate dalla difesa erariale, in sintesi, dichiara l'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale solamente in riferimento a due disposizioni del d.lgs. 163/2006, mentre dichiara l'inammissibilità di tutte le altre questioni sollevate dalle ricorrenti riconfermando, in questo modo, le posizioni assunte dall'Avvocatura generale dello Stato.

Innanzitutto, la Corte provvede a definire l'intero quadro giuridico di riferimento, precisando che non solo non sono configurabili né una materia relativa ai lavori pubblici nazionali né una materia afferente ai lavori pubblici di interesse regionale, ma non è neppure possibile tracciare il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni secondo un criterio soggettivo, distinguendo tra gare indette da amministrazioni statale e regionali²⁸.

Svolta questa premessa generale la Corte costituzionale entra nel merito delle questioni sollevate. In primo luogo, in relazione alle censure relative all'art. 4, comma 2, deve preliminarmente osservarsi che tale disposizione contiene, in realtà, due norme: la prima fa generico riferimento alla potestà legislativa statale di determinazione dei principi fondamentali nelle materie disciplinate dal Codice; la seconda fa riferimento, «in particolare», ad una serie di settori specifici individuati con riguardo a rilevanti aspetti dell'attività volta alla realizzazione di opere pubbliche. Ora, per ciò che concerne la prima parte del comma oggetto di censura, è da porre in rilievo come essa si limiti ad affermare che, salvo quanto sarà puntualizzato di seguito a proposito delle Province autonome, 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» nel Codice.

Tale disposizione, per il suo contenuto generale, si sottrae alle censure proposte, in quanto è incontestabile che spetti alla legge dello Stato la fissazione dei principi fondamentali nelle materie di competenza concorrente. È pertanto solo con riferimento specifico a tali materie, e dunque alle singole disposizioni contenute nel Codice, che, di volta in volta, può venire in rilievo un problema di superamento dei limiti delle competenze statali nella determinazione dei principi fondamentali destinati a regolare ciascuna di dette materie.

Per quanto riguarda la censura prospettata dalle ricorrenti con riguardo alla seconda parte del comma in esame, con cui il legislatore statale ha disposto, in particolare, che i principi fondamentali, che devono essere osservati dalle Regioni e dalle Province autonome, vertono “in tema di programmazione dei lavori pubblici, approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi, organizzazione amministrativa, compiti e requisiti del responsabile del procedimento, sicurezza del lavoro”, la Corte nega che si tratti di ambiti di competenza residuale delle Regioni, come da esse invece asserito. Il giudice costituzionale,

²⁸ In proposito si veda Rosanna De Nictolis, *I principi espressi dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 401/2007*, in www.federalismi.it, n. 23/2007.

infatti, ha rigettato le censure riferite all'inserimento negli ambiti di competenza legislativa concorrente della "programmazione di lavori pubblici" e della "approvazione dei progetti a fini urbanistici ed espropriativi" in quanto è evidente che l'attività di programmazione, di cui alla disposizione impugnata, riguarda soltanto quei procedimenti preordinati alla realizzazione delle opere pubbliche, che esulano sia dalla competenza esclusiva dello Stato, sia da quella residuale delle Regioni, per rientrare, invece, in una delle materie di competenza concorrente individuate dal terzo comma dell'art. 117 Cost., e che l'approvazione dei progetti, essendo strettamente correlata alla disciplina urbanistica ed alla pianificazione territoriale, rientra nel "governo del territorio", materia di competenza concorrente ex art. 117, comma 3, Cost.

La Corte ritiene analogamente infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate in riferimento al riconoscimento in capo alle Regioni di una potestà concorrente piuttosto che residuale in materia di "organizzazione amministrativa" e "compiti e requisiti del responsabile del procedimento". Infatti, secondo la Corte, "l'organizzazione cui la norma si riferisce, è quella propria dell'apparato o degli apparati incaricati di operare nel settore preso in considerazione e, in particolare, del responsabile del procedimento, di cui si prevede l'istituzione e non le modalità organizzative. La suddetta connessione tra l'organizzazione e i compiti e requisiti del responsabile del procedimento consente, con riferimento al settore in esame, di interpretare la norma in senso conforme a Costituzione e ritenere che essa non sia invasiva della sfera di competenza legislativa residuale delle Regioni, collocandosi invece, in funzione strumentale, nell'ambito di procedimenti che appartengono alla competenza ripartita Stato-Regioni e seguendone, in conseguenza, le sorti"²⁹.

Sempre nell'ambito della competenza legislativa concorrente, la Corte ha, invece, dichiarato costituzionalmente illegittime due disposizioni del d.lgs. 163/2006 in quanto ritenute di dettaglio e non contenenti meri principi fondamentali. Si tratta dell'art. 84, commi 2, 3, 8 e 9 del d.lgs. 163/2006, nella parte in cui vincola le Regioni all'osservanza di norme in materia di composizione e modalità di nomina dei componenti delle commissioni di gara, anziché disporre che le disposizioni abbiano carattere suppletivo e cedevole rispetto ad una diversa normativa regionale dal momento che si tratta di profili che non rientrano nella competenza esclusiva statale ma in quella concorrente regionale; e dell'art. 98, comma 2 del d.lgs. 163/2006, nella parte in cui dispone che l'approvazione dei progetti definitivi da

²⁹ Corte cost. sent. n. 401/2007, punto 5.7.

parte del Consiglio comunale equivale a variante urbanistica a tutti gli effetti, trattandosi di una norma di dettaglio non consentita nella materia urbanistica, oggetto di competenza legislativa concorrente.

Per quanto concerne le censure relative alle disposizioni di cui all'art. 4, comma 3 del d.lgs. 163/2006, la Corte ritiene costituzionalmente legittima tale norma che elenca gli ambiti di legislazione sui contratti riconducibili alle materie "tutela della concorrenza", "ordinamento civile", "giurisdizione e giustizia amministrativa" di potestà esclusiva statale, ex art. 117, comma 2, Cost.

Al fine di giustificare tale posizione, il giudice costituzionale provvede a ricostruire, sulla base anche della precedente giurisprudenza, l'ambito, il contenuto e la nozione di "tutela della concorrenza" e di "ordinamento civile".

Per quel che riguarda la materia "tutela della concorrenza", dalle dichiarazioni della Corte si ricava che essa ha ambito coincidente con la nozione comunitaria, inclusiva sia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, sia di interventi mirati a ridurre gli squilibri attraverso la creazione delle condizioni per la instaurazione di assetti concorrenziali. Si tratta, inoltre, di una materia di natura trasversale, e quindi il legislatore statale può dettare sia norme di principio che norme analitiche, rispettando, però, i "limiti interni" rappresentati dai canoni di ragionevolezza e proporzionalità delle singole disposizioni rispetto alla finalità perseguita. Alla luce di queste considerazioni, il sindacato di costituzionalità sulle norme statali in materia di tutela della concorrenza si esplica attraverso un doppio livello, il primo volto a verificare se l'intervento normativo sia riconducibile alla materia in questione, il secondo volto a verificare se le singole disposizioni siano ragionevoli e proporzionate rispetto al fine.

A fronte di tali premesse la Corte stabilisce che, con riguardo all'attività contrattuale della pubblica amministrazione, sono riconducibili alla materia costituzionale "tutela della concorrenza", così come disciplinato all'art. 4, comma 3 del d.lgs. 163/2006, le seguenti materie: le procedure di selezione e qualificazione dei concorrenti, le procedure di affidamento, i criteri di aggiudicazione ed in particolare i criteri di aggiudicazione che devono presiedere all'attività di progettazione e alla formazione dei piani di sicurezza, i poteri di vigilanza sul mercato degli appalti sia soprasoglia che sottosoglia comunitaria, ed il subappalto. Sono, quindi, costituzionalmente legittime tutte le disposizioni che in dettaglio disciplinano tali istituti a cui le Regioni devono conformarsi.

Sono, poi, riconducibili, secondo la giurisprudenza della Corte, alla materia “ordinamento civile” e pertanto sono di competenza esclusiva statale i seguenti istituti: la regola della tassatività dei tipi contrattuali per la realizzazione di lavori, di cui all’art. 53 del Codice, le garanzie di esecuzione, la direzione dei lavori, le polizze, le varianti in corso d’opera ed il collaudo.

Infine è costituzionalmente legittima la competenza attribuita allo Stato in materia di contenzioso dal momento che rientra nella materia “giurisdizione e giustizia amministrativa”, di potestà esclusiva statale ex art. 117, comma 2, lettera l, Cost.

Consequente all’affermazione della legittimità costituzionale dell’art. 4, commi 2 e 3 del d. lgs. 163/2006 è la declaratoria di infondatezza delle questioni concernenti la disciplina di dettaglio dei singoli istituti di cui veniva messa in discussione dalle ricorrenti la competenza esclusiva o concorrente statale.

Analogamente, è stata ritenuta infondata dalla Corte costituzionale l’asserita violazione del principio di leale collaborazione, sotto il profilo della mancata previsione di adeguate forme di coordinamento tra i diversi livelli territoriali coinvolti. Tale censura, a prescindere dalla sua genericità, non è comunque pertinente con riferimento alle disposizioni contenute nell’art. 4, commi 2 e 3, dal momento che “un eventuale problema di coordinamento, nella fase di attuazione, tra i livelli di governo coinvolti, potrebbe, in ipotesi, porsi esclusivamente rispetto a singole disposizioni contenute nel Codice e non già rispetto ad una norma recante un principio generale attinente al riparto delle competenze statali e regionali”³⁰, così come statuito dal giudice costituzionale.

Importante è, inoltre, la posizione assunta dalla Corte in merito alla potestà regolamentare statale in materia di contratti pubblici, di cui all’art. 5 del d. lgs. 163/2006. In proposito, le ricorrenti denunciavano, in primo luogo, la incostituzionalità della disposizione in esame, in quanto l’art. 4, comma 3, ricomprenderebbe tra le materie di competenza statale esclusiva settori ed oggetti che rientrerebbero, invece, in competenze regionali. In secondo luogo, lamentavano l’assenza di una previsione che prescriva il parere della Conferenza Stato- Regioni nell’ambito del procedimento di formazione del regolamento di esecuzione e attuazione del Codice.

Entrambe le questioni prospettate sono ritenute infondate dalla Corte in quanto da una parte, l’art. 117, comma 6, Cost., prevede che lo Stato eserciti la potestà regolamentare nelle materie di propria competenza esclusiva e pertanto in tutti gli ambiti di cui all’art. 4,

³⁰ Cfr. Corte cost. sent. n. 401/2007, punto 5.4.

comma 3 del d.lgs. 163/2006; dall'altra non vi è alcun obbligo costituzionale di coinvolgimento delle Regioni nella fase di esercizio della potestà regolamentare statale. Infatti, secondo una consolidata giurisprudenza costituzionale, "il rispetto delle regole collaborative può essere imposto solo nei casi in cui si verifichi un forte intreccio con competenze regionali - cosa che non si verifica con riguardo ai pubblici appalti - che richieda l'adozione di modalità concordate o comunque di meccanismi che garantiscano il coinvolgimento dei livelli di governo interessati".

La disposizione in esame viene dichiarata incostituzionale solamente in riferimento alla parte in cui dispone che il regolamento sia applicabile *in toto* anche alle Province autonome di Trento e Bolzano, che invece, dispongono per previsione statutaria³¹ di una competenza legislativa primaria in materia di lavori pubblici di interesse provinciale.

Alla luce dei principi espressi dalla Corte nella sentenza 401/2007, che costituisce sicuramente un importante contributo per la chiara interpretazione del riparto della potestà legislativa tra Stato e Regioni, di cui all'art. 117, Cost., si evince un assorbimento di competenze in capo al legislatore statale per quel che riguarda la disciplina di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Tale assorbimento trova la sua *ratio* nell'esigenza di garantire una disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale di una materia che richiede delle regole valide per tutti i soggetti dell'ordinamento della Repubblica, e quindi di evitare confusione e disparità di trattamento tra gli addetti del settore.

A fronte della posizione assunta dalla Corte, che in parte conferma i motivi fondanti delle censure mosse dal Governo ad alcune delle leggi regionali in materia, si può prevedere che molte delle disposizioni regionali impugnate saranno dichiarate illegittime dal giudice costituzionale e, quindi, le Regioni saranno chiamate a ridisciplinare i contratti pubblici di servizi, lavori e forniture in modo da adeguare la normativa regionale al d. lgs. 163/2006, i cui principi hanno trovato l'avallo e la conferma della Corte costituzionale, chiamata a far fronte all'incompletezza della riforma del Titolo V e a colmare i vuoti lasciati dal legislatore costituzionale.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- Domenico Crocco e Luigi Emilio Mandracchia, *Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, DEI tipografia del genio civile, 2006.

³¹ Art. 8, punto n. 11, DPR 670/1972 recante lo Statuto speciale per la Regione Trentino Alto. Adige.

- Sabino Luce, *Il nuovo diritto degli appalti e delle concessioni pubbliche di lavori, servizi e forniture*, Itaedizioni, Torino, 2006.
 - Sabino Luce, *Gli appalti pubblici di lavori nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, Itaedizioni, Torino, 2005.
 - Sabino Luce, *Gli atti dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici*, Itaedizioni, Torino, 2005.
 - Giuseppe Morbidelli e Maurizio Zoppolato, *Appalti pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte speciale*, diretto da Mario P. Chiti e Guido Greco e coordinato da Gian Franco Cartei e Diana-Urania Galetta; Giuffrè, Milano, 2007 .
- Rosanna De Nictolis, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici alla luce del codice dei contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2007.
- Carlo Malinconico, *Codice degli appalti pubblici e privati : diciplina statale, regionale e comunitaria, lavori, forniture, servizi e settori esclusi*, Il Sole 24 ore, Milano, 2006.
 - Carlo Malinconico, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici : nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, a cura di Roberto Garofoli e Maria Alessandra Sandulli, Giuffrè, Milano, 2005.