

**IL “CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI” E LA COMPETENZA
LEGISLATIVA PRIMARIA IN MATERIA DI LAVORI PUBBLICI DI
INTERESSE REGIONALE. LA CORTE “BOCCIA” LA LEGGE SUGLI
APPALTI DELLA REGIONE SARDEGNA**

nota a sentenza della dott.sa A. Cecchini

[estratto da *Informator*, 1, 2009]



**CORTE COSTITUZIONALE, 17 dicembre 2008, nr. 411 , Pres. Flick, Est.
Tesauro**

1. Con la pronuncia, la Corte costituzionale, decidendo sulla legittimità costituzionale della Legge della Regione Sardegna del 7 agosto 2007 n. 5, intitolata “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”, è stata costretta ad affrontare la complessa questione concernente il riparto di competenze legislative tra Stato e Regione a Statuto Speciale in riferimento all’ambito della disciplina dei contratti pubblici.

A dire il vero la questione non era del tutto nuova per il Giudice delle Leggi. Infatti, la Corte, con la sentenza del 23 novembre 2007 n. 401¹, aveva esaminato (e rigettato in gran parte) le molteplici censure sollevate da numerose Autonomie sulle disposizioni del “Codice”, riconoscendo in via di principio allo Stato la potestà legislativa, amministrativa e regolamentare in ambito di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, in nome della “prevalenza” delle materie della tutela della concorrenza all’interno del mercato comunitario², dell’ordinamento civile e della giurisdizione e giustizia amministrativa, tutte, come si sa, di spettanza dello Stato ai sensi del II comma dell’art. 117 della Costituzione (nella competenza legislativa esclusiva dello Stato); e ciò anche al fine di garantire un’uniforme applicazione all’interno del territorio nazionale delle Direttive comunitarie nn. 17 e 18 del 2004 e dei principi “della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei servizi” enunciati nel Trattato di Roma del 25 marzo 1957, nonché dei “principi che ne

¹ Sia consentito il richiamo al mio contributo su questa rivista nella nota alla sent. della Corte Cost. 23 novembre 2007, n. 401, *Informator*, 2, 2008, pp. 152 e ss.

² Del resto, “quando l’articolo 117, II comma, lettera e), affida alla potestà legislativa esclusiva statale la tutela della concorrenza, non intende certo limitarne la portata ad una sola delle sue declinazioni di suo 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” (cfr. Corte Cost., 13 gennaio 2004, n. 14, ritenuto in diritto, punto 4).

derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza”³.

Ed è proprio collocandosi nel solco di questo ben noto precedente che la Corte ha deciso l’odierna questione – solo in apparenza diversa – concernente l’ambito di competenza delle Regioni a Statuto Speciale in materia di contratti pubblici e la possibilità per quest’ultime di legiferare discostandosi da quanto prescritto dalla normativa codicistica.

Declinando i principi già esplicitati è stato accolto in pieno il ricorso promosso dal Presidente del Consiglio dei Ministri con la dichiarazione di illegittimità costituzionale degli articoli sottoposti al vaglio costituzionale.

2. E’ opportuno, a questo punto, specificare i motivi di impugnazione dei numerosi articoli della L.R. n. 5 del 7 agosto 2007, che era stata adottata dalla Regione Sardegna ritenendo di poter attingere al titolo di competenza legislativa primaria in materia di “lavori pubblici di esclusivo interesse della Regione” di cui all’art. 3, lettera e), dello Statuto Speciale; con tale legge era stata dettata una disciplina organica in “materia” di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture “in dichiarata attuazione della nuova normativa comunitaria”.

Per l’appunto, secondo il Governo ricorrente, alcune norme di detta legge – volta a disciplinare tutti gli appalti pubblici che si eseguono sul territorio regionale, di qualunque importo – non sarebbero state “in linea con i principi costituzionali che presiedono al riparto delle competenze legislative nella materia”. Esse avrebbero invaso ambiti spettanti alla competenza legislativa dello Stato, quali la tutela della concorrenza e l’ordinamento civile, espressamente individuati dal secondo comma, lettere e) ed l), dell’art. 117 della Costituzione, e si sarebbero poste in contrasto con le norme del “Codice dei contratti pubblici”, le quali costituirebbero norme di riforma economico-sociale vincolanti per le Regioni a Statuto Speciale e per le Province Autonome⁴.

Come si vede, le censure mosse da parte ricorrente si incentrano sulla esistenza nell’ambito *de quo* di una “materia non materia” ovvero di una “materia trasversale” e sul concetto di preminenza, così come pure illustrato dalla sentenza 401/2007, delle potestà statali rispetto a quelle regionali in ambito di contratti pubblici.

³ Cfr. Corte Cost., 23 novembre 2007, n. 401, ritenuto in diritto, punto 2.1, in cui si cita il Considerando n. 2 della Direttiva 2004/18/CE.. “*Sul piano interno, l’osservanza di tali principi costituisce, tra l’altro, l’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 della 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*” (cfr. Corte Cost., *op ult. cit.*, al punto 6.7).

⁴ Cfr. Corte Cost., 17 dicembre 2008, n. 411, ritenuto in fatto, punto 2.

A tal proposito, si ricorda che il concetto di “materia trasversale” è stato coniato dalla Giurisprudenza sia per sopperire alle difficoltà interpretative sorte a seguito della riforma del Titolo V, Parte II, della Carta Costituzionale, che, pur ribaltando il sistema di riparto di competenze tra Stato e Regioni dell’art. 117, ha mantenuto (inopportunamente) il sistema classificatorio per “materie”⁵, che per legittimare l’intervento dello Stato in ambiti che risulterebbero, dalla lettera dell’art. 117 della Costituzione, di competenza regionale e per ridimensionare, quindi, il potenziale spazio di

⁵ «Sono noti i limiti dell’adozione della “materia”, quale criterio essenziale di riparto della potestà legislativa tra Stato e Regioni, perveramente seguito dalla legge costituzionale 3 del 2001 (alla stessa stregua del testo originario della Costituzione): “ciò in quanto le materie non hanno una fisionomia giuridica”» (cfr. BROCCA M., *Parco culturale, beni ambientali e ponderazione degli interessi sottesi*, Riv. giur. ambiente 2003, 767, nel citare Giannini).

“In mancanza di un criterio univoco di individuazione delle competenze, si può quindi affermare che la Corte Costituzionale, con la sentenza 1 ottobre 2003, si è ritagliata un importante ruolo nel processo di attuazione del Titolo V della Costituzione, nell’ambito del quale essa sembra affiancare gli altri poteri costituzionali che ne sono protagonisti, il Parlamento ed il Governo” (cfr. ALBINO D., *Contratti pubblici: nota alla sentenza n. 401/2007 della Corte Costituzionale*, in www.diritto.it, nel citare 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 *Il Corriere Giuridico*, 2004, vol. 1, 41 ss). Allo stesso modo, cfr. CELOTTO A., *La “legge di Kirschmann” non si applica al codice degli appalti (in margine alla sent. n. 401 del 2007 della Corte costituzionale)*, in www.neldiritto.it.

Ne è conseguito «un processo di “smaterializzazione” delle materie, composto di diversi sottoprocessi: da un lato la fragilità di “etichette” scritte in Costituzione ma prive di un contenuto “amministrativo” preciso, per le quali inoltre non si è previsto un processo di concretizzazione attraverso il trasferimento delle funzioni amministrative e delle dotazioni; dall’altro una progressiva “derubricazione” sia delle materie di competenza esclusiva dello Stato, di cui si è negato lo status di “materie in senso tecnico” riclassificandole come “materie trasversali”, sia delle materie di competenza “residuale” delle Regioni, ampiamente ridimensionate in via interpretativa e comunque ricoperte dalla disciplina “trasversale” dello Stato. Il quadro d’insieme tratteggiato dalla giurisprudenza sin qui faticosamente prodotta dalla Corte costituzionale è sorprendente: un appiattimento sia delle potestà esclusiva dello Stato che di quella residuale delle Regioni sul livello della potestà legislativa concorrente. A questo risultato la Corte sembra approdare attraverso un ragionamento ben organizzato: le leggi affrontano – si spera – problemi, non materie; è altamente possibile che in relazione all’oggetto della legge (ossia al problema che essa affronta) si scopra che esso non ricade in una materia, ma presenti una pluralità di interessi intrecciati, interessi la cui cura è affidata (attraverso l’indicazione della materia) a livelli diversi di governo; l’intreccio di interessi fa venir meno l’univocità della attribuzione di competenza, con la duplice conseguenza, sul piano legislativo, di aprire la concorrenza tra fonti statali e fonti regionali e, sul piano politicoamministrativo, di obbligare i diversi soggetti coinvolti a collaborare lealmente. In questo modo, il sistema che inizialmente appariva basato su una rigida predefinitone delle sfere di competenza, risulta invece riedificato sulla base di uno schema in cui si combinano, secondo criteri complessi, la concorrenza dei principi statali con il dettaglio regionale e il principio di leale collaborazione» (cfr. BIN R., *Alla ricerca della materia perduta (nota a Corte cost. 401/2007)*, p. 1, in www.forumcostituzionale.it).

ingerenza da parte delle Regioni in ambiti in cui sia necessaria l'adozione di una disciplina nazionale unitaria⁶.

Quindi, non essendo menzionati i contratti pubblici nel nuovo dettato dell'art. 117 della Costituzione tra le materie di competenza legislativa statale, come non lo sono i lavori pubblici⁷, parte ricorrente non poteva che riferirsi al concetto di "materia trasversale" per sostenere la legittimità dell'intervento legislativo statale in tale ambito.

Tanto più che la Corte già aveva affermato che *"la mancata inclusione dei 'lavori pubblici' nell'elencazione dell'art. 117 Cost., diversamente da quanto sostenuto in numerosi ricorsi, non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni. Al contrario, si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti"*⁸ e, con sentenza 401/2007, aveva

⁶ Cfr. Corte Cost., 1 ottobre 2003, n. 303, ritenuto in diritto, punto 2.1, secondo cui *"limitare l'attività unificante dello Stato alle sole materie espressamente attribuitegli in potestà esclusiva o alla determinazione dei principi nelle materie di potestà concorrente (...) significherebbe bensì circondare le competenze legislative delle Regioni di garanzie ferree, ma vorrebbe anche dire svalutare oltremisura istanze unitarie che pure in assetti costituzionali fortemente pervasi da pluralismo istituzionale giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione di competenze [basti pensare al riguardo alla legislazione concorrente dell'ordinamento costituzionale tedesco (konkurrierende Gesetzgebung) o alla clausola di supremazia nel sistema federale statunitense (Supremacy Clause)]"*.

E il concetto di "materia trasversale" è solo uno dei modi di legittimazione dell'intervento statale in materie diverse da quelle tassativamente enumerate dall'art. 117 della Costituzione: infatti, ciò è possibile pure tramite la c.d. chiamata in sussidiarietà ex art. 118 della Costituzione (cfr. Corte Cost. n. 303 del 2003 e n. 270 e n. 285 del 2005) e della pervasività dei principi fondamentali nelle materie di competenza concorrente (cfr. Corte Cost. n. 286 e 324 del 2005) (Cfr. CELOTTO A., *Gli appalti pubblici tra competenze statali e competenze regionali. Primi spunti*, n. 2- 2006, in www.giustamm.it).

E' opportuno, a tal proposito, ricordare che parte della dottrina ha cercato di interpretare il concetto di "materia trasversale", all'opposto e senza alcuna conferma dalla Giurisprudenza, un'opportunità per le Regioni di intervenire pure in ambiti di competenza legislativa esclusiva dello Stato. Tale alternativa interpretazione è trattata da VARRONE L., *Riparto di competenze Stato- Regioni nel Codice degli Appalti (artt. 4- 5)*, in *Commento al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture – D.Lg. 12 aprile 2006 n. 163* a cura di SANINO M., Utet, Milano 2006, pp. 47- 49. Ivi, l'A. riporta che *«autorevoli commentatori, pur condividendo la finalità di porre rimedio ad evidenti storture della riforma del Titolo V, hanno accusato la Corte di aver voluto reintrodurre il vecchio "interesse nazionale" o comunque di aver riformulato il testo costituzionale introducendovi principi e istituti di pura creazione giurisprudenziale»*.

⁷ Diversamente, prima della Riforma costituzionale del 2001, l'art. 117 disponeva che i "lavori pubblici d'interesse regionale" rientrassero tra le materie rispetto alle quali le Regioni potevano emanare norme legislative, nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle Leggi dello Stato e sempreché le norme stesse non fossero in contrasto con l'interesse nazionale e con quello di altre Regioni (cfr. Corte Cost. 9 luglio 1993, n. 308). Sulla diversa interpretazione delle "materie" prima della L. cost. 3/2001, cfr. BIN R., *I criteri di individuazione delle materie, Le Regioni* 2006, 890.

⁸ Cfr. Corte Cost., 1 ottobre 2003, n. 303, ritenuto in diritto, punto 2.3.

precisato che *“tali affermazioni 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”*⁹.

Principalmente, come ha esplicitato il ricorrente, l’ambito dei contratti pubblici inerisce a “materie” (al plurale) di competenza legislativa esclusiva dello Stato, la tutela della concorrenza e l’ordinamento civile (art. 117, II comma, lett. e) e l), Cost.).

Oltretutto, la prima, così come definita dalla Corte con la medesima sentenza 401/2007, è, a sua volta, una “materia trasversale”¹⁰; a tal riguardo, alcuni Autori hanno rilevato che *“si potrebbe a tal punto osservare che l’angolo visuale della (tutela della) concorrenza, nella misura in cui essa, siccome finalità, può spalmarsi su vari ambiti materiali viene a realizzare un circuito virtuoso, nel quale non è agevole l’inserimento per altre fonti normative”*¹¹.

⁹ Cfr. Corte Cost., 23 novembre 2007, n. 401, ritenuto in diritto, punto 3.

¹⁰ Si noti che *«della “concorrenza” possono offrirsi, come sono state offerte, varie accezioni e versioni (...). Quel che è certo è che il modello comunitario adotta un concetto di concorrenza effettiva, e cioè al riparo di regole che rendono illeciti accordi o atti unilaterali o pratiche concordate, tali da alterarne gli effetti o i risultati (Workable competition) (così Corte di giust. 21 febbraio 1973 n. C-6/721). Ma la Corte costituzionale sembra andare anche al di là dell’acquis così designato dalle fonti comunitarie. Essa individua nella concorrenza una funzione e/o finalità non solo quale obiettivo o valore da perseguire nella costruzione di un libero mercato ma anche tale da predisporre le “condizioni” per entrare in esso. Si tratta dunque di garantire una concorrenza anche in prevenzione, e cioè “per” il mercato oltre che “nel” mercato»* (cfr. DE LUCA A. e DI MAJO A., *Lo Stato fa shopping di concorrenza negli appalti pubblici*, in *Corriere Giuridico* n. 8/2008, 1082- 1083).

Ciò comporta che *«la “tutela della concorrenza”, al pari delle altre materie trasversali, costruite in funzione dello scopo e non dell’oggetto, definisce il proprio ambito di incidenza attraverso il proprio esercizio [v. A. D’ATENA, *Materie legislative e tipologie delle competenze*, in *Quaderni Costituzionali*, 2003, I, p. 34 ss.], e pertanto solo una disciplina “positiva” da parte dello Stato può limitare la potestà delle Regioni di normare gli appalti nelle materie ad esse attribuite. La sfera delle competenze regionali non è predeterminata, ma “respira” nel senso che si amplia e si riduce in misura direttamente corrispondente alle scelte dello Stato»* (cfr. TRAINA D. M., *“Problemi applicativi del codice dei contratti in relazione al riparto di competenza Stato-Regioni in materia di appalti”*, in www.fondazioneforensfirenze.it).

¹¹ Cfr. DE LUCA A. e DI MAJO A., *op. ult. cit.*, 1081- 1084, secondo cui *«è dato comunque osservare che, se l’assunzione di un angolo visuale (come quello della concorrenza) costruito in termini finalistici e non materiali, doveva consentire la de- costruzione (del settore) dei lavori pubblici “nei più diversi oggetti”, essa non può rendere difficile un effetto di ritorno della concorrenza – materia, di pertinenza esclusiva dello Stato (art.117 lett. e). La “finalità” in sostanza, non può divenire essa stessa “materia”, e così considerandola a priori di pertinenza esclusiva del legislatore statale, ipotizzando così che sia solo quest’ultimo ad essere l’arbitro di perseguirla. Ma è proprio questo che sembra volere enunciare la Corte costituzionale laddove con riguardo al primo livello di verifica evoca la concorrenza siccome “materia” ai sensi dell’art. 117 lett. e) Cost. Ecco dunque che solo provvedendo a collocare al loro giusto posto concetti facilmente scambiabili, come quelli di “materia”, ambiti materiali, principi finalistici da perseguire, si restituisce*

D'altro canto, la Corte, nella summenzionata sentenza, aveva pure precisato che *“nello specifico settore degli appalti deve (...) ritenersi che la interferenza tra la concorrenza e le materie di competenza regionale si atteggia, 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”*¹².

equilibrio all'intero sistema, così impedendo un impiego affatto strumentale della nozione di concorrenza, tale da farla trascorrere da criterio finalistico di valutazione di aspetti rilevanti (del mercato) degli appalti pubblici, a indicatore di materie e/o di oggetti, per i quali si è portati tendenzialmente a negare la possibilità che si realizzi “normalmente un intreccio, in senso stretto, con ambiti materiali di pertinenza regionale”. (sia 401 che 431/07)». Allo stesso modo, cfr. CONCARO A. e PELLIZZONE I., Tutela della concorrenza e definizione delle materie trasversali: alcune note a margine della sent. n. 345 del 2004 della Corte Costituzionale, in www.forumcostituzionale.it, per cui la concezione estremamente dilatata di tutela della concorrenza “non ha mancato di suscitare le reazioni critiche della dottrina, sia perché frutto di una lettura chiaramente strumentale della normativa comunitaria, la quale ricomprende le politiche statali di sostegno del mercato non tra gli strumenti della concorrenza, bensì tra le deroghe ai principi della concorrenza in ambito comunitario, che vengono ammesse, nell'ambito delle politiche regionali e sociali, per favorire lo sviluppo economico e sociale di determinate aree; sia perché, così intesa, essa finisce per mantenere, in capo allo Stato, una sorta di riserva generale ad adottare qualunque misura suscettibile di incidere sull'equilibrio economico generale, venendo invece a ridurre drasticamente i margini di intervento delle Regioni, che dovrebbero rimanere vincolati alla realtà produttiva locale”.

¹² Cfr. Corte Cost., 23 novembre 2007, n. 401, ritenuto in diritto, punto 6.7.

«Tra i criteri adottati dalla Corte per orientarsi nell'“intreccio degli interessi” ha ben presto assunto un ruolo importante il criterio della prevalenza. La sua introduzione esplicita risale alla sent. 370/20034, con cui la Corte individuò nell'istruzione la materia prevalentemente interessata dagli interventi pubblici a favore dell'istituzione di asili nido. Ma è nella sent. 50/2005 che il criterio trova un'applicazione precisa come fattore di coordinamento delle competenze esclusive dello Stato con quelle concorrenti e le altre residuali: l'oggetto sono i contratti di lavoro a contenuto formativo, i quali si pongono nella zona di convergenza tra la competenza statale esclusiva in materia di ordinamento civile, in cui ricade la disciplina del rapporto di lavoro, e la competenza in materia di formazione professionale che “residua” alla Regione. In questi casi – osserva la Corte – “può parlarsi di concorrenza di competenze e non di competenza ripartita o concorrente”; per guidare tale concorrenza, aggiunge la Corte, la Costituzione non indica criteri precisi, “è quindi necessaria l'adozione di principi diversi: quello di leale collaborazione, che per la sua elasticità consente di aver riguardo alle peculiarità delle singole situazioni, ma anche quello della prevalenza..., qualora appaia evidente l'appartenenza del nucleo essenziale di un complesso normativo ad una materia piuttosto che ad altre”. I due principi però possono concorrere ed integrarsi, talvolta, ma anche escludersi a vicenda, in altri casi. Tutto dipende da come operi, nel caso specifico, il criterio della prevalenza: se esso consente di attribuire con nettezza (ossia considerando il suo “nucleo essenziale”) una determinata disciplina alla attribuzione esclusiva dello Stato, le conseguenze sono drastiche, nel senso che non v'è più ragione che allo Stato sia imposto di coinvolgere le Regioni nell'attuazione (e tanto meno nella formulazione) della legge, perché si giustifica “l'attrazione alle competenze statali anche di funzioni amministrative” escludendo l'operatività del principio di leale collaborazione. Nel caso in cui, invece, “non possa ravvisarsi la sicura prevalenza di un complesso normativo rispetto ad altri, che renda dominante la relativa competenza legislativa – si deve ricorrere al canone della ‘leale collaborazione’, che impone alla legge statale di predisporre adeguati strumenti di coinvolgimento delle Regioni, a salvaguardia delle loro competenze”. La sentenza in

Orbene, nella pronuncia in esame, il Giudice delle Leggi, richiamando le affermazioni contenute nel citato precedente, ha ribadito la trasversalità della materia dei contratti pubblici, il criterio della prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa, riferendo all'ambito di legislazione della tutela della concorrenza tutte quelle attività che concernono la disciplina delle procedure di gara e all'ambito di legislazione dell'ordinamento civile tutte quelle attività di definizione ed esecuzione del rapporto contrattuale¹³.

Ma soprattutto ha precisato chiaramente che non appartengono alla materia di competenza primaria ("lavori pubblici di interesse regionale") le norme relative alle procedure di gara ed alla esecuzione del rapporto contrattuale.

Alle Regioni, anche a quelle speciali quindi, non rimane che ricavare una possibilità di intervento in ambito di contratti pubblici dai settori non inerenti a "materie" di competenza statale ovvero dai limiti della proporzionalità e della ragionevolezza, i quali consentono di confinare seppur limitatamente l'intervento legislativo e regolamentare dello Stato¹⁴; ciò in quanto si sa che proprio con la pronuncia 401/2007, la Corte ha ritenuto che la proporzionalità e l'adeguatezza non si oppongono a che lo Stato predisponga una disciplina di dettaglio nell'ambito dei contratti pubblici¹⁵.Anzi!

commento non modifica questa impostazione: si limita a portarla alle sue estreme conseguenze, operando però con gli strumenti già messi a punto nei precedenti giurisprudenziali» (cfr. BIN R., Alla ricerca, op. ult.cit..).

¹³ Cfr. Corte Cost., 17 dicembre 2008, n. 411, ritenuto in diritto, punto 3.

¹⁴ GHIRIBELLI A., *Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Italiana* 8-9/2008, 1897- 1901.

Cfr. TRAINA D. M., *op. ult. cit.*, secondo cui "la Corte Costituzionale ha più volte sottolineato come le materie trasversali non escludano la possibilità per le Regioni di intervenire sfruttando la potestà legislativa loro attribuita negli ambiti di competenza residuale o concorrente, restando libere di fissare livelli di tutela più elevati rispetto a quelli di carattere unitario definiti dallo Stato. Così, ad esempio, la potestà statale di dettare norme per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali o di tutelare l'ambiente, non esclude il concorso di leggi regionali che siano volte allo stesso fine (v. Corte Cost. 26.7.2002, n. 407, in materia di attività a rischio di incidenti rilevanti; 24.6.2003, n. 222, sulla detenzione e commercio di animali esotici; 7.10.2003, n. 307 (derogabilità in melius) sulla localizzazione e modalità di costruzione di impianti di emissione elettromagnetica) (CERASO). Ragionando in questi termini anche per la tutela della concorrenza, si è indotti a ritenere che le Regioni possano andare al di là dell'assetto normativo definito dallo Stato, introducendo ulteriori regole di disciplina, a condizione che prevedano misure "pro-competitive", cioè volte a migliorare il regime concorrenziale. Nella consapevolezza che non è affatto semplice stabilire quando una norma produca effetti concretamente più favorevoli per la concorrenza, in via approssimativa, ad esempio, si dovrebbe ritenere legittima una disposizione regionale che – riducendo i casi di ricorso alla trattativa privata – ampliasse l'ambito di obbligatorietà della gara pubblica (COPILATO)".

¹⁵ "Una volta che sia stata riconosciuta come riconducibile alla materia in questione la normativa statale, la stessa può avere anche un contenuto analitico. La proporzionalità e l'adeguatezza non si misurano, infatti, avendo riguardo esclusivamente al livello di dettaglio che connota quella specifica normativa. Se così fosse si verificherebbe un'identificazione non consentita tra materie concorrenti e materie trasversali di

3. Incidentalmente, con riferimento al rilievo che la L.R. sarda si sarebbe presentata, essa, come “attuazione della nuova normativa comunitaria”, non si può che ridimensionare l’utilità dell’argomento.

Se si ricorda che il differente rilievo che possono avere sulla competenza regionale le discipline comunitarie che non offrono alcuna discrezionalità di recepimento (*c.d. norme self-executing*) ovvero quelle che concedono uno spazio di scelta (*cd. opzioni*)¹⁶, si ricorda altresì che, come autorevolmente ritenuto, solo «*in linea di principio, poiché la materia degli appalti pubblici*

competenza esclusiva che, invece, ricevono dalla Costituzione una differente disciplina” (cfr. Corte Cost., 23 novembre 2007, n. 401, ritenuto in diritto, punto 6.7).

Di contro, la Regione Sardegna ha rilevato, nel procedimento in esame, che “*le competenze statali nelle suddette materie (...) non possono, legittimare un intervento statale che eroda qualsiasi spazio regionale in materia di lavori, servizi e forniture di interesse regionale: sussistono, in particolare, profili non marginali – relativi alla disciplina degli appalti – di ordine organizzativo, procedurale, economico ecc., tra i quali la progettazione dei lavori, servizi e forniture, il collaudo, i compiti e i requisiti del responsabile del procedimento, che non possono ritenersi attratti dalla competenza statale in nome della trasversalità delle esigenze di concorrenza”* (cfr. Corte Cost., 17 dicembre 2008, n. 411, ritenuto in fatto, punto 3).

In dottrina, a favore di una normativa statale di dettaglio cfr. VENTURI A., *La “tutela della concorrenza”: da “valore-materia” a “materia-valore”. La Corte conferma il riparto Stato-Regioni operato dal codice De Lise (nota a margine di Corte Costituzionale 27 novembre 2007, n.401)*, in www.forumcostituzionale.it, secondo cui “*è la stessa esperienza comunitaria che ci testimonia come la tutela del mercato avvenga non già con i principi, ma con le regole di dettaglio. Come rileva il consigliere De Nictolis laddove ci sono mercati, e Autorità di regolazione dei mercati, ci sono regole di condotta estremamente minuziose per gli attori del mercato*”. Così cfr. GUERINO FARES, *Appalti pubblici e misure pro-concorrenziali: ancora da decifrare gli spazi per l'intervento normativo delle regioni*, in www.giurcost.org, secondo cui “*nella giurisprudenza costituzionale più risalente, ma pur sempre successiva alla riforma del titolo V, aveva cominciato a profilarsi un'opinabile interpretazione dei tratti fisionomici della materia in questione, affermandosi la necessità di sottoporre ad uno scrutinio di proporzionalità ed adeguatezza la normativa statale onde evitare che questa, esorbitando dall'obiettivo della tutela della concorrenza, desse luogo ad una illegittima compressione dell'autonomia regionale (sentt. n. 345 e n. 272 del 2004). Le ultime pronunce rinnegano opportunamente, e sia pure in modo non dichiarato, una simile opzione esegetica, ed anzi tengono a precisare che: una volta ricondotta alla tutela della concorrenza, la normativa nazionale «può avere anche un contenuto analitico», non commisurandosi la sua proporzionalità ed adeguatezza necessariamente al livello di dettaglio che essa presenta (sent. n. 401); restano estranee alla tutela della concorrenza le sole misure statali «che non intendono incidere sull'assetto concorrenziale dei mercati o che addirittura lo riducono o lo eliminano» (sent. n. 430)”*.

Diversamente, MAZZAROLLI L.A., *Il concetto di “materie” nell’art. 117, Titolo V, Cost.. Se i “lavori pubblici” e gli “appalti pubblici” si prestino a esservi riportati e come si attui, per essi, il riparto di competenze tra enti*, in *Le Regioni 2007*, 473- 513, secondo cui “*il fatto che lo Stato sia legittimato a dettare (anche) una normativa di dettaglio non può avere a che fare con la pretesa di vedere tutelata la concorrenza pure nei confronti delle Regioni mediante disposizioni talmente puntuali da vanificare le loro competenze”*.

¹⁶ Cfr. MAGRO C., *Gli appalti pubblici nel mutato clima di riforma costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, nel rilevare il fatto che le direttive n. 17 e 18 del 2004, ai sensi del primo comma dell’art. 117 Cost., costituiscono un vincolo alla potestà legislativa oltre che statale anche regionale.

è contrassegnata da una normativa comunitaria autoapplicativa e, sopra certe soglie di valore, anche pressoché esaustiva, lo Stato potrebbe addirittura astenersi dall'intervenire nei settori regionali, se non in caso di inadempienza delle Regioni nei confronti degli obblighi comunitari e con finalità meramente sostitutive. Secondo una tesi riconducibile a Caranta, la normativa comunitaria rappresenterebbe il baluardo esaustivo ed autosufficiente dell'assetto concorrenziale del mercato, e pertanto nel diritto comunitario andrebbe individuato il quadro comune, espressivo delle esigenze di carattere unitario, all'interno del quale, ciascuno secondo le proprie competenze "materiali", dovrebbero potersi muovere su un piano di parità Stato e Regioni. In altri termini, il diritto comunitario (vale a dire le direttive 17 e 18 del 2004 per i contratti "sopra soglia", i principi di pubblicità, di parità di trattamento, di non discriminazione, di accesso alla tutela giurisdizionale scolpiti nel diritto primario della Comunità per i contratti sotto soglia o esclusi dal campo di applicazione delle direttive: v. comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive "appalti pubblici", in G.U.U.E., C/79/2 del 1.8.2006), sarebbe idoneo a fissare esso stesso, direttamente e in modo sufficiente, gli standards concorrenziali minimi aventi carattere di necessaria e uniforme applicazione, eliminando così la necessità che lo Stato interferisca nei settori di competenza regionale oltre ciò che è strettamente necessario per assicurare l'adeguamento alle norme comunitarie. All'opposto, come ritenuto dalla nostra Corte Costituzionale (v. sentenza 15.11.2004, n. 345), ove rilevi l'esistenza di esigenze "macroeconomiche", di carattere unitario, che richiedano una regolamentazione uniforme valida per tutto il territorio nazionale, "nella sua potestà di regolare il mercato e di favorire rapporti concorrenziali nell'ambito dello stesso" lo Stato può incidere anche profondamente sulle competenze regionali»¹⁷.

Se così è, e se il diritto comunitario ha imposto 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 discriminazione¹⁸, di proporzionalità e di trasparenza, è difficile non riconoscere che lo Stato possa, in primo luogo in nome della tutela della concorrenza, ma anche del principio di uniformità che cospira alla certezza dei traffici, intervenire pure nel dettaglio con una normativa sui contratti pubblici, incidendo così sulle competenze regionali, sempre nei limiti summenzionati della proporzionalità e della ragionevolezza¹⁹.

¹⁷ Cfr. TRAINA D. M., *op. ult. cit.*

¹⁸ Cfr. BALDINATO M., *L'attuazione delle dir. 2004/18/CE e 2004/17/CE e questioni aperte, in Appalti pubblici e concorrenza: la difficile ricerca di un equilibrio. Atti dei Seminari (Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Trento, maggio-giugno 2007), curato da BENACCHIO G. A. e COZZIO M., Ed. Univ. di Trento 2008, pp. 252 e ss.*

¹⁹ «Come aveva affermato la Corte in un suo precedente (Sent. 336/2005), "nella fase di attuazione del diritto comunitario la definizione del riparto interno di competenze tra Stato

4. Preme, da ultimo, richiamare la portata della sentenza con la quale la Corte ha esplicitato e completato, il quadro definito con la precedente 401/07. Va sottolineato che pure discostandosi dalle argomentazioni del ricorrente che aveva suggerito, principalmente, che la legge - che è sottoposta, quale esercizio della potestà legislativa primaria della Sardegna, ai limiti delle norme fondamentali delle riforme economico- sociali della Repubblica - avrebbe derogato al "Codice" il quale certamente potrebbe integrare un esempio di detto limite, la sentenza ha invece rilevato la estraneità, *tout court*, dell'oggetto legiferato dalla competenza regionale.

La Corte, difatti, pur riconoscendo che tra le "materie" di competenza legislativa primaria della Sardegna vi è proprio quella dei "lavori pubblici di esclusivo interesse della Regione" - ontologicamente e oggettivamente diversa dalle "materie" della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile, ha riconosciuto che la normativa regionale rientra nell'ambito della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile e, pertanto, invade la competenza legislativa esclusiva dello Stato, oltre ad essere difforme rispetto alla disciplina nazionale²⁰.

Altro aspetto, di minor entità, ma significativo è che la sentenza sembrerebbe aver dischiuso la prospettiva che non solo le Province Autonome, ma "anche le Regioni ad Autonomia Speciale" siano sottoposte al meccanismo di adeguamento della propria legislazione in materia di appalti pubblici a quanto stabilito dalle norme di competenza esclusiva statale, ai sensi dell'art. 4, V comma, del "Codice". Ciò perchè avrebbe ribadito che tutte le regioni a statuto speciale sarebbero gravate da un non meglio specificato obbligo di adeguamento".

Se così fosse la Corte avrebbe esteso la "regola" della non diretta applicabilità alle Regioni a Statuto Speciale delle norme di competenza esclusiva dello Stato al pari di quelle di competenza ripartita²¹; ma su questo

*e Regioni... non può prescindere all'analisi dello specifico contenuto e delle stesse finalità ed esigenze perseguite a livello comunitario"; sicché "gli obiettivi posti dalle direttive comunitarie, pur non incidendo sulle modalità di ripartizione delle competenze, possono di fatto richiedere una peculiare articolazione del rapporto norme di principio-norme di dettaglio". In quella sentenza si trattava di materie di competenza concorrente, ma non c'è dubbio che lo stesso ragionamento si possa riproporre in un caso di "concorrenza di competenze" come l'attuale» (cfr. BIN R., *Alla ricerca, op. ult. cit.*).*

²⁰ D'altro canto, ci sarebbe pure da dire che "il nuovo titolo V della Costituzione non può non prevalere sugli statuti delle regioni a statuto speciale che - al tempo in cui furono approvati, sia pure con legge costituzionale - non potevano non fare riferimento alla competenza regionale in materia di lavori pubblici, secondo l'allora vigente contenuto della Costituzione medesima". Ma "va notato anche che il problema che si pone può riguardare comunque solo il settore dei lavori pubblici, e non anche quelli di servizi e forniture" (cfr. BELLAGAMBA L., *Il codice dei contratti e le normative delle regioni a statuto speciale, dopo le sentenze della Corte: l'abrogazione tacita operata dall'art. 4, comma 3, del D.Lgs. 163/2006*, in *www.diritto.it*).

²¹ Cfr. Corte Cost., 17 dicembre 2008, n. 411, ritenuto in diritto, punto 3.

Forse così può ritenersi risolto il dubbio sorto in capo ad alcuni interpreti a seguito della sent. 401/2007. Questi, infatti, avevano dubitato che, dato che la sent. 401/2007 si riferiva

aspetto non esiste una chiara e puntuale affermazione e comunque si assiste alla circostanza che lo Schema di Regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice riferisca la clausola di non applicazione diretta solo alle Province Autonome (art. 1, V comma).

BIBLIOGRAFIA

- ALBINO D., *Contratti pubblici: nota alla sentenza n. 401/2007 della Corte Costituzionale*, in www.diritto.it.
- BALDINATO M., *L'attuazione delle dir. 2004/18/CE e 2004/17/CE e questioni aperte*, in *Appalti pubblici e concorrenza: la difficile ricerca di un equilibrio. Atti dei Seminari (Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Trento, maggio-giugno 2007)*, curato da BENACCHIO G. A. e COZZIO M., Ed. Univ. di Trento 2008, pp. 252 e ss.
- BELLAGAMBA L., *Il codice dei contratti e le normative delle regioni a statuto speciale, dopo le sentenze della Corte: l'abrogazione tacita operata dall'art. 4, comma 3, del D.Lgs. 163/2006*, in www.diritto.it.
- BIN R., *Alla ricerca della materia perduta (nota a Corte cost. 401/2007)*, in www.forumcostituzionale.it.
- BIN R., *I criteri di individuazione delle materie*, *Le Regioni* 2006, 890
- BROCCA M., *Parco culturale, beni ambientali e ponderazione degli interessi sottesi*, *Riv. giur. ambiente* 2003, 767.
- CELOTTO A., *Gli appalti pubblici tra competenze statali e competenze regionali. Primi spunti*, n. 2- 2006, in www.giustamm.it.
- CELOTTO A., *La "legge di Kirschmann" non si applica al codice degli appalti (in margine alla sent. n. 401 del 2007 della Corte costituzionale)*, in www.neldiritto.it.
- CONCARO A. E PELLIZZONE I., *Tutela della concorrenza e definizione delle materie trasversali: alcune note a margine della sent. n. 345 del 2004 della Corte Costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it.
- DE LUCA A. e DI MAJO A., *Lo Stato fa shopping di concorrenza negli appalti pubblici*, in *Corriere Giuridico* n. 8/2008, 1082- 1083.
- GUERINO FARES, *Appalti pubblici e misure pro-concorrenziali: ancora da decifrare gli spazi per l'intervento normativo delle regioni*, in www.giurcost.org.
- GHIRIBELLI A., *Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Italiana* 8-9/2008, 1897- 1901.
- MAGRO C., *Gli appalti pubblici nel mutato clima di riforma costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- MAZZAROLLI L.A., *Il concetto di "materie" nell'art. 117, Titolo V, Cost.. Se i "lavori pubblici" e gli "appalti pubblici" si prestino a esservi riportati e come si attuino, per essi, il riparto di competenze tra enti*, in *Le Regioni* 2007, 473- 513.
- TRAINA D. M., *"Problemi applicativi del codice dei contratti in relazione al riparto di competenza Stato-Regioni in materia di appalti"*, in www.fondazioneforensfirenze.it.

solo all'obbligo generale di adeguamento alla normativa statale in ambito di contratti pubblici delle Province Autonome, per le Regioni a Statuto Speciale vi fosse un obbligo di adeguamento inerente solo alle materie di competenza ripartita, in quanto quelle di competenza esclusiva dello Stato (art. 4, comma 3) sarebbero state direttamente applicabili, con conseguente tacita abrogazione delle normative regionali (cfr. BELLAGAMBA L., *op. ult. cit.*).

VARRONE L., *Riparto di competenze Stato- Regioni nel Codice degli Appalti (artt. 4- 5)*, in *Commento al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture – D.Lg. 12 aprile 2006 n. 163* a cura di SANINO M., Utet, Milano 2006, pp. 47- 49.

VENTURI A., *La “tutela della concorrenza”: da “valore-materia” a “materia-valore”. La Corte conferma il riparto Stato-Regioni operato dal codice De Lise (nota a margine di Corte Costituzionale 27 novembre 2007, n.401)*, in www.forumcostituzionale.it.