

**LA TUTELA DELLA CONCORRENZA NEL SETTORE DEGLI APPALTI PUBBLICI IMPEDISCE INTERVENTI PRO CONCORRENZIALI DEL LEGISLATORE REGIONALE?**

Nota del dott. M. Cozzio

[estratto da *Informator*, 4, 2009]



**CORTE COSTITUZIONALE, sent. 22 maggio 2009 n. 160, pres. Amirante, red. Quaranta e sent. 6 novembre 2009 n. 283, pres. Amirante, red. Cassese**

Le sentenze della Corte costituzionale del 22 maggio 2009 n. 160 e del 6 novembre n. 283 ribadiscono gli orientamenti già affermati nelle pronunce del 2007 (nn. 401 e 431)<sup>1</sup> tendenti a escludere discipline regionalistiche differenziate in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. La Corte, però, aggiunge ulteriori precisazioni che sembrano ‘chiudere’ gli spazi d’azione apparentemente ancora praticabili a livello regionale. Ci si riferisce soprattutto alla ‘fantasia’ stimolata dagli stessi giudici in precedenti sentenze che sembravano legittimare norme regionali aventi “*effetti pro concorrenziali*” sempreché, come chiarito, tali effetti “*fossero indiretti e marginali e non si ponessero in contrasto con gli obiettivi stabiliti dalle norme statali che tutelano e promuovono la concorrenza*”<sup>2</sup>. Rimaneva da capire, dunque, se la competenza esclusiva dello Stato in tema di *tutela della concorrenza* incidesse solo sulle disposizioni regionali *lesive della concorrenza* oppure fosse a tal punto pervasiva da erodere anche le disposizioni regionali *a favore* della concorrenza. La questione non è priva di importanza dal momento che se fosse prevalsa un’interpretazione restrittiva - letterale della *tutela della concorrenza*, le Regioni avrebbero vista dilatata la possibilità di sperimentare nuove soluzioni per favorire l’apertura del mercato<sup>3</sup>.

Va aggiunto che non sono mancati tentativi di introdurre nelle legislazioni regionali elementi di innovazione in senso *pro* concorrenziale, premiando dinamiche di confronto basate non solo su elementi quantitativi (massimo ribasso) ma prevalentemente su fattori qualitativi. Si veda, ad esempio la l.r. 27 maggio 2008, n. 6 della Regione Lazio (*Disposizioni regionali in materia di architettura sostenibile e di bioedilizia*) e la l.r. 16 giugno 2008 n. 14 della Regione Piemonte (*Norme per la valorizzazione del paesaggio*) alle quali sono seguiti provvedimenti finalizzati al miglioramento dell’elaborazione architettonica attraverso lo strumento concorsuale.

<sup>1</sup> Sul punto v. anche il commento di CECCHINI A. pubblicato su *Informator* 2/2008.

<sup>2</sup> V. sentenze della Corte costituzionale 341/2007 e 322/2008).

<sup>3</sup> È indubbio che “*i fermenti dell’innovazione non albergano unicamente negli apparati statali istituzionalmente abilitati ad esercitare una funzione propositiva e propulsiva nei confronti del Governo e del Parlamento*” v. MASTRAGOSTINO F., (1993), *L’appalto di opere pubbliche. Norme interne e disciplina comunitaria*, Bologna.

Nella stessa direzione si pone anche il ddl presentato dalla Giunta della Regione Umbria sulla *Disciplina della promozione della qualità nella progettazione architettonica*, articolato in tre parti e in un allegato nel quale sono riportate le macro-categorie di opere da assoggettare al concorso di progettazione. Nel testo sono indicate: le possibili forme concorsuali e di promozione della progettazione di qualità, la possibilità per i Comuni di ridurre gli oneri per le urbanizzazioni secondarie e per il costo di costruzione per opere realizzate attraverso il concorso di progettazione. Più precisamente si fa riferimento:

- al concorso di progettazione e al concorso di idee promossi dall'Amministrazione pubblica;
- al concorso a tema di iniziativa della Regione;
- al concorso di progettazione bandito da altri soggetti di diritto pubblico o privato e da privati;
- al premio di architettura e disegno urbano;
- alla borsa di studio di ricerca e sperimentazione;
- all'attestato di bene culturale attribuito alle architetture contemporanee di qualità<sup>4</sup>.

Insomma non può sottacersi che, nelle more dell'azione del legislatore nazionale<sup>5</sup>, gli spazi residuali lasciati dalla Corte sono stati occupati dal legislatore regionale.

Il dinamismo dei legislatori regionali, però, sembra destinato a cozzare con la posizione della Corte costituzionale. La sentenza di novembre conferma l'illegittimità costituzionale della l.r. 10 giugno 2008 n. 14 della Regione Puglia recante *Misure a sostegno della qualità delle opere di architettura e di trasformazione del territorio* e segnatamente delle disposizioni (artt. 5 co. 2, 6 e 7) che disciplinano *i concorsi di idee e di progettazione*. Si tratta di norme che stabiliscono:

- i requisiti soggettivi di partecipazione;
- le modalità ed i tempi di elaborazione;
- le modalità di valutazione delle proposte;
- l'entità del premio per i vincitori e la possibilità di affidare agli stessi la realizzazione dei successivi livelli di progettazione;
- l'acquisizione dell'idea premiata in proprietà della stazione appaltante;
- i contenuti del bando per il concorso di idee;
- l'aggiudicazione del concorso con le procedure aperte;

---

<sup>4</sup> V. VOCI M.C., *Umbria, più concorsi a garanzia della qualità*, in *Progetti E Concorsi*, inserto de *Il Sole 24 Ore*, 41, 2009.

<sup>5</sup> Attualmente sono in discussione in Parlamento tre disegni di legge sulla qualità architettonica: il ddl S. 1264 recante *Legge quadro sulla qualità architettonica*, il ddl S 327 recante *Legge quadro in materia di valorizzazione della qualità architettonica e disciplina della progettazione* con delega al Governo per la modifica del codice dei contratti pubblici, ex d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e il ddl S 1062 recante anch'esso *Legge quadro sulla qualità architettonica*.

- la possibilità di procedere, in caso d'intervento di particolare rilevanza e complessità, allo svolgimento di un concorso articolato in due gradi;
- i contenuti del bando per il concorso di progettazione etc.

Si tratta di disposizioni che intervengono principalmente nella fase procedimentale che precede la stipulazione del contratto di appalto, rispetto alla quale assume rilevanza la *tutela della concorrenza* di competenza legislativa esclusiva statale.

In precedenti sentenze la Corte rilevava che tale ambito (*tutela della concorrenza*) ricomprende:

- (a) sia *misure legislative di tutela in senso proprio*, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione, cd. misure antitrust;
- (b) sia *misure legislative di promozione*, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, cd. misure per la concorrenza "*nel mercato*";
- (c) sia *misure legislative che perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali tali da garantire la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici*, cd. misure per la concorrenza "*per il mercato*".

Le conclusioni, però, non avevano definito perimetri d'azione rigorosamente determinati. Da un lato, infatti, emergeva che "*la fase della procedura di evidenza pubblica, riconducibile alla tutela della concorrenza, potrà essere interamente disciplinata, nei limiti del rispetto dei principi di proporzionalità ed adeguatezza, dal legislatore statale*". Dall'altro lato, si prospettava la possibilità per le singole Regioni di regolare le fasi procedimentali che afferiscono a materie di propria competenza cioè al fine anche "*di evitare che siano vanificate le competenze delle Regioni*», è consentito che norme regionali riconducibili a tali competenze".

Con la sentenza di novembre la Corte risolve in poche righe i dubbi residui stabilendo che le Regioni non sono legittimate ad adottare disposizioni legislative con effetti pro-concorrenziali, finalizzate quindi ad elevare la protezione della concorrenza.

Secondo i giudici l'uniformità della tutela della concorrenza su tutto il territorio nazionale rappresenta un valore in sé, "*perché differenti normative regionali sono suscettibili di creare dislivelli di regolazione, produttivi di barriere territoriali*". La tutela della concorrenza, insomma, non può essere fatta per zone e di conseguenza alle Regioni non è consentito disciplinare le procedure ad evidenza pubblica, neppure quando lo scopo sia quello di garantire un livello di concorrenza più elevato rispetto a quello statale.

Né si pongono questioni di distinzione tra contratti sotto-soglia e sopra-soglia comunitaria. Tale distinzione, secondo la Corte, non ha rilievo poiché

l'ambito della tutela della concorrenza “*trascende ogni rigida e aprioristica applicazione di regole predeterminate dal solo riferimento al valore economico dell'appalto... sicché anche un appalto che si pone al di sotto della rilevanza comunitaria può giustificare un intervento unitario da parte del legislatore nazionale*”.