

Riparto competenze

I contratti pubblici tra Stato e Regioni e la tutela della concorrenza

Corte costituzionale, sentenza 22 novembre 2007, n. 401 - Pres. Bile - Red. Quaranta

Per gli appalti pubblici, la disciplina delle procedure di gara e, in particolare, la regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione mirano a garantire il rispetto delle regole concorrenziali e dei principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi, della libertà di stabilimento, nonché dei principi costituzionali di trasparenza e parità di trattamento. In quanto volte a garantire la piena apertura del mercato nel settore degli appalti, sono riconducibili alla tutela della concorrenza, ex art. 117, secondo comma lett. e) Cost., di esclusiva competenza del legislatore statale.

Il collaudo costituisce un istituto tipico del contratto di appalto, come tale disciplinato dal codice civile (art. 1665 e ss.), il quale rientra, quindi, nell'ambito materiale dell'ordinamento civile e, rispetto allo stesso, è ravvisabile una ulteriore funzione di garanzia della concorrenzialità nel mercato.

Pertanto, il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/Ce e 2004/18/Ce), è nel suo complesso conforme a Costituzione, eccetto alcune disposizioni (5, c. 2, limitatamente alle parole «province autonome»; art. 84, c. 2, 3, 8 e 9, nel testo modificato dal d.lgs. n. 113 del 2007, nella parte in cui, per i contratti inerenti a settori di competenza regionale, non prevede che le norme in esso contenute abbiano carattere suppletivo e cedevole; art. 98, c. 2), che ledono prerogative regionali o provinciali.

Omissis.

IL COMMENTO di Chiara Lacava

La Corte salva il codice dei contratti pubblici e stabilisce il riparto delle competenze tra lo Stato e le regioni sulla base della nozione comunitaria di tutela della concorrenza nel mercato e per il mercato. L'effetto principale è l'abbandono definitivo dei criteri tradizionali soggettivi e del valore dell'appalto e l'attribuzione, pressoché integrale, alla legislazione esclusiva statale della disciplina dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, rafforzando una visione unitaria del mercato degli appalti. Resta tuttavia aperta la questione del rapporto tra la stessa legislazione statale e la tutela della concorrenza, anche alla luce della decisione della Commissione europea di avvio della procedura di infrazione nei confronti del governo italiano sul codice dei contratti pubblici.

Premessa

La pronuncia della Corte costituzionale produce due

effetti diretti e, al tempo stesso, solleva almeno due questioni generali. Il primo effetto è quello di consolidare l'impianto del codice dei contratti pubblici, sgombrando il campo da criteri di riparto tra Stato e regioni considerati privi di fondamento (criterio soggettivo, criterio dell'interesse nazionale o regionale, criterio della soglia) e attribuendo il complesso dell'attività contrattuale pressoché integralmente alla disciplina legislativa statale. Il secondo è quello di assumere la tutela della concorrenza - nel mercato e per il mercato - come chiave interpretativa per legittimare la disciplina unitaria dei contratti pubblici e, più in generale, l'intervento dello Stato allo scopo di promuovere l'apertura dei mercati e la libera concorrenza anche in altri settori di disciplina pubblica dell'economia.

La prima questione attiene al ruolo svolto dalla Corte dopo la riforma costituzionale del 2001. Il difficile impatto della riforma sui contenuti della legislazione nazionale e la mancanza di norme di attuazione e transito-

rie idonee a risolvere incertezze interpretative e applicative hanno favorito, com'è noto, la crescita esponenziale dei conflitti tra lo Stato e le regioni (1). La Corte si è trovata così investita in prima battuta delle questioni di riparto delle competenze, giudicando su singole disposizioni della legislazione statale e regionale. I giudizi di legittimità costituzionale, tuttavia, hanno richiesto spesso tempi lunghi e questo ha creato una situazione di incertezza normativa, che con riguardo al codice dei contratti è risultata particolarmente evidente per le amministrazioni e per gli operatori economici. Inoltre, l'elasticità e l'indeterminatezza dei criteri di riparto stabiliti dal titolo V della costituzione, hanno costretto la Corte a svolgere un ruolo di interpretazione in parte diverso da quello prettamente di garanzia e di chiusura del sistema, che le è proprio (2).

La seconda questione attiene al rapporto tra la regolazione e la tutela della concorrenza. Si sostiene che la disciplina statale dei contratti pubblici deve contenere anche norme di dettaglio, uniformi sull'intero territorio nazionale, per garantire il buon funzionamento del mercato e che tanto più si acconsente a regole di dettaglio esterne al codice dei contratti tanto più aumenta il rischio della elusione e violazione della concorrenza. E questo sul presupposto della fedeltà del codice alle direttive europee. Ma si è davvero sicuri che una regolazione statale così dettagliata nella materia dei contratti pubblici garantisca effettivamente la tutela della concorrenza? E soprattutto, questo risponde ai canoni del diritto comunitario? La recente decisione della Commissione europea del 31 gennaio 2008 (3) di avvio della procedura di infrazione nei confronti del governo italiano sul codice dei contratti pubblici fa emergere qualche dubbio al riguardo (v. *infra*).

Nella decisione, infatti, si segnala una serie numerosa di disposizioni del codice dei contratti - dai requisiti di partecipazione ai criteri di aggiudicazione, dal dialogo competitivo al promotore finanziario e alle infrastrutture strategiche - considerate dalla Commissione incompatibili con le direttive europee sugli appalti pubblici. Ci si limita qui a sottolineare che il «filo rosso» della decisione è rappresentato proprio dalla contestazione al governo italiano di una disciplina statale che in più parti impone regole e discipline non previste nel diritto comunitario, costituendo un possibile freno all'apertura dei mercati e alla libera concorrenza.

La decisione

La decisione trae origine dai ricorsi presentati da cinque regioni a statuto ordinario (Piemonte, Veneto, Toscana, Lazio, Abruzzo) e dalla provincia di Trento, che hanno impugnato il codice dei contratti pubblici, sottoponendo al vaglio della Corte quasi ottanta questioni di costituzionalità. La decisione (20.000 caratteri) è stata emessa dopo diciotto mesi e delle numerose questioni ne sono state accolte solo tre e su profili decisamente marginali (4).

Dall'esame dei ricorsi si deduce che obiettivo di fondo è non solo quello di recuperare gli spazi sottratti dal codice all'autonomia legislativa e regolamentare regio-

Note:

(1) Il numero di pronunce rese nei giudizi in via principale ha raggiunto una media di oltre 70 all'anno. I dati sono rinvenibili nelle Relazioni annuali dei Presidenti della Corte (in www.cortecostituzionale.it).

(2) Cfr. V. Onida, *Il Giudice costituzionale e i conflitti tra legislatori locali e centrali*, in *Le Regioni*, n. 1, 2007, 11, il quale afferma che la Corte appare, in certi casi, influenzata nel suo giudizio dall'apprezzamento del merito delle scelte legislative volta a volta messe in questione, evidenziando che peraltro «quello delle scelte di opportunità quanto al merito della disciplina non è di per sé il terreno proprio della giustizia costituzionale, appartenendo piuttosto all'ambito della discrezionalità legislativa, da esercitarsi al livello o ai livelli determinati dalle norme costituzionali che ripartiscono le competenze». Sul tema più generale dell'attuazione del titolo V della costituzione si vedano, tra gli altri, R. Caranta, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2004, n. 4, 990-1014; L.A. Mazzaroli, *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; A. Ambrosi, *L'applicazione del nuovo Codice dei contratti pubblici tra legge regionale e disposizioni comunitarie*, *ivi*, 515; A. D'Arena, *La difficile transizione. In tema di attuazione della riforma del Titolo V*, in *Le Regioni*, 2002, n.2/3, 108 ss.; R. Bin, *I criteri di individuazione delle materie*, in *Le Regioni*, 2006, 893; G. Falcon, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte Seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, n. 6, 1252; F. S. Marini, *La Corte Costituzionale nel labirinto delle materie «trasversali»: dalla sent. N. 282 alla n. 402*, in *Giur. Cost.*, 2002; F. Benelli, *La «materializzazione» delle materie*, Milano, 2006; L. Vandelli, *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2007; G. Corso - V. Lopilato, *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali, parte generale*, Milano, 2006; A. Concaro, *Leale collaborazione e intese fra Stato e Regioni: alcune riflessioni alla luce della recente giurisprudenza costituzionale*, in *L'incerto federalismo*, Milano, 2005, p. 88. A. Anzon, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*, in *Giur. Cost.*, 2003; L. Torchia, «Concorrenza» fra Stato e Regioni dopo la riforma del Titolo V: dalla collaborazione unilaterale alla collaborazione paritaria, in *Le Regioni*, 2002, n. 4, 646-651; R. Bin, *Materie e interessi: tecniche di individuazione delle competenze dopo la riforma del Titolo V*, atti convegno di Siena, 25/26 novembre 2005.

(3) Decisione della Commissione del 31 gennaio 2008. Procedura di infrazione 2007/2309 ex art. 226 Trattato Ce. Incompleta trasposizione del «Codice appalti».

(4) La prima è quella relativa ai c. 2, 3, 8 e 9 dell'art. 84, che dettano norme sulle funzioni, sulla composizione e sulla modalità di nomina dei componenti della Commissione giudicatrice incaricata di esprimersi nell'ipotesi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tali disposizioni devono essere dichiarate costituzionalmente illegittime nella parte in cui, per i contratti inerenti a settori di competenza regionale, non prevedono che esse abbiano carattere suppletivo e cedevole rispetto ad una divergente normativa regionale che abbia già diversamente disposto o che disponga per l'avvenire. La seconda è quella relativa all'art. 98, ove si stabilisce che l'approvazione dei progetti definitivi da parte del consiglio comunale costituisce variante urbanistica a tutti gli effetti. Nel caso di specie, «ne deriva la illegittimità costituzionale della norma in esame, in quanto essa, per il suo contenuto precettivo del tutto puntuale, non lascia alcuno spazio di intervento alle Regioni. L'affermazione, infatti, secondo cui «l'approvazione dei progetti definitivi costituisce variante urbanistica a tutti gli effetti» non è passibile di ulteriore svolgimento da parte del legislatore regionale con conseguente compromissione delle competenze che alle Regioni spettano in materia di urbanistica e quindi di assetto del territorio». Infine, è dichiarata l'incostituzionalità della norma che consente l'estensione alle province autonome di disposizioni specifiche del regolamento di attuazione del codice (art. 5, c. 2) in contraddizione con gli ambiti di competenza primaria definiti dallo statuto speciale e con la clausola di salvaguardia prevista dal codice stesso per le competenze delle regioni a statuto speciale e delle province autonome.

nale ma anche di demolire l'intero impianto normativo statale. Le censure fanno leva, infatti, principalmente su quattro profili: violazione dell'art. 117 cost. sul riparto di competenze legislative tra lo Stato e le regioni stabilito dall'art. 4 del codice e dell'art. 118 Cost. sulla potestà regolamentare attribuita allo Stato dall'art. 5 del codice; violazione dei principi di adeguatezza, ragionevolezza e proporzionalità (5) e di ulteriori parametri, quali l'art. 76 (per eccesso di delega legislativa), l'art. 97 Cost. (imparzialità e buon andamento) e il principio di leale collaborazione.

Nel respingere pressoché integralmente tutte le censure formulate dai ricorrenti, la Corte conferma ed anzi consolida l'impianto del codice, e il riparto delle competenze legislative e regolamentari ivi previsto, ponendo un «freno» al regionalismo e al tempo stesso mettendo un punto fermo nella garanzia di valori costituzionali, primo fra tutti la tutela della libera concorrenza. Ed è proprio intorno alla nozione e alla funzione della tutela della concorrenza che si ritrovano i passaggi più innovativi rispetto agli orientamenti precedenti.

La Corte muove dal tradizionale orientamento seguito dopo la riforma del titolo V, secondo cui i lavori pubblici non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto e, pertanto, possono essere ascritti, di volta in volta, in relazione alle singole materie, a potestà legislative statali o regionali (6). In questo contesto si inseriscono l'art. 4 del codice dei contratti pubblici che enuclea le materie di competenza legislativa statale esclusiva e concorrente e l'art. 5 sul riparto della potestà regolamentare (7).

Il principio della «non materia» dei lavori pubblici viene però nella decisione esteso all'intera attività contrattuale della pubblica amministrazione e, più precisamente, non solo ai lavori pubblici, ma anche ai servizi e alle forniture e, altresì ai contratti attivi (che comportano entrate), superando così la stessa previsione del codice, che ha ad oggetto solo i contratti passivi (che comportano spese). In altri termini, l'intera attività contrattuale della pubblica amministrazione non rappresenta più una materia costituzionale a sé, ma rientra nelle altre materie dell'art. 117 Cost. e, in specie, nella materia trasversale della tutela della concorrenza per quanto concerne le procedure di affidamento (fase pubblicistica) e nella materia dell'ordinamento civile per quanto riguarda la fase di stipulazione ed esecuzione del contratto (fase privatistica).

Da queste premesse discende l'abbandono definitivo di categorie in precedenza utilizzate ai fini del riparto di competenze tra lo Stato e le regioni: il criterio soggettivo; il criterio dell'interesse nazionale o regionale; il criterio della soglia di valore degli appalti.

La materia trasversale della tutela della concorrenza

La Corte considera *in primis* che la finalità perseguita dal codice dei contratti è quella di adempiere agli obbli-

ghi comunitari e quindi di attuare quanto stabilito dalle direttive europee n. 2004/17/Ce e 2004/18/Ce (8) per

Note:

(5) Le censure hanno riguardato, tra l'altro, la disciplina dei piani di sicurezza (art. 131), le disposizioni relative ai livelli di progettazione e la verifica dei progetti (artt. 93 e 11) quelle sui contratti relativi ai beni culturali (artt. 197, 204 e 205), le disposizioni relative ai termini di ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte, i termini di invio ai richiedenti dei capitolati d'oneri, documenti e informazioni complementari nelle procedure aperte, nonché nella procedure ristrette, negoziate e nel dialogo competitivo (artt. 70, 71 e 72).

(6) I punti fermi che emergono dalla giurisprudenza costituzionale in materia di contratti pubblici, dopo la riforma del titolo V, sono i seguenti: i lavori pubblici non integrano una vera e propria materia, e segnatamente non costituiscono materia di legislazione esclusiva regionale residuale, ma ambiti di legislazione, che, a seconda dell'oggetto, possono essere ascritti di volta in volta a competenze esclusive o concorrenti; la tutela della concorrenza è un valore trasversale, da intendere in senso dinamico, che può incidere anche su materie di competenza regionale, senza tuttavia intervenire con norme di dettaglio negli ambiti riservati alla legislazione regionale; la disciplina sulle grandi opere risponde a un'esigenza di ordine generale e ad istanze unitarie, sicché competono allo Stato le funzioni amministrative che attengono alla realizzazione delle grandi opere, e lo Stato può anche legiferare su di esse, nel rispetto dei principi di proporzionalità e leale collaborazione; legittimamente la vigilanza sui lavori pubblici viene attribuita ad un'Autorità statale, anche per lavori di interesse regionale; la disciplina regionale dei requisiti soggettivi per la partecipazione a pubblici appalti non può utilizzare criteri di localizzazione territoriale che costituiscano ostacolo alla libera circolazione delle imprese. Per un approfondimento, si vedano, Corte cost. 1 ottobre 2003 n. 303, in *Foro it.*, 2004, I, 1004, con note di C. Videtta, F. Fracchia, Ferrara; in termini anche Corte cost., 6 luglio 2007 n. 256. Corte cost., 1 febbraio 2006 n. 29, in *Foro it.*, 2006, I, 331. Corte cost., 13 gennaio 2004 n. 14, in *Cons. Stato*, 2004, II, 53; seguita da Corte cost., 27 febbraio 2004 n. 272, in *Foro it.*, 2005, I, 2648, con nota di V. Molaschi; Id., 15 novembre 2004 n. 345, in *Giur. costit.*, 2004, 3839, con nota di G. Fares; Id., 27 febbraio 2005 n. 336, cit., relativa al codice delle comunicazioni elettroniche; Id., 4 maggio 2005 n. 175, in *Foro it.*, 2005, I, 2278; Id. 6 aprile 2005 n. 134, in *Foro it.*, 2006, I, 37; Id., 3 marzo 2006 n. 80, in *Giur. it.*, 2006, 1732, con nota di R. Caranta. Corte cost. 29 settembre 2003 n. 302, in *Cons. Stato*, 2003, II, 1695. Corte cost., 15 novembre 2004 n. 345, cit. Corte cost., 22 dicembre 2006 n. 440, in *Urb. e app.*, 2007, 161. Corte cost., 28 dicembre 2006 n. 447, in *Urb. e app.*, 2007, 562, con nota di M. Tanferna, *Revisione prezzi: la legislazione statale vincola Regioni e Province autonome*. Corte cost., 6 luglio 2007 n. 256; V. Lopilato, *Appalti e servizi pubblici fra Stato e Regioni*, in *Temi di diritto regionale nella giurisprudenza costituzionale dopo le riforme*, P. Cavalieri (a cura di), Torino, 2008.

(7) Sugli artt. 4 e 5 del codice, si rinvia ai numerosi commentari, tra i quali, M. Greco - A. Massari, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, 2006, 870; M. Sanino, *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, 2006, 885; M. A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, Milano, 2008. Si vedano altresì, A. Celotto, *Gli appalti pubblici tra competenze statali e competenze regionali*. *Primi spunti*, in *www.giustamm.it*, 2006; G. Fares, *L'assetto delle competenze normative Stato/regioni nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2006, 1141 - 1146; G. Giovannelli - L. Masi, *Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Principi e disposizioni comuni*, in *Urb. e app.*, 2006, 752; V. Lopilato, «Nome sulla competenza» e «nome sussidiarie»: qualche notazione a margine dello schema di decreto sul «Codice degli appalti», in *www.giustamm.it*, 2006, n. 5; L. Quinzì, *Il codice degli appalti pubblici: prime questioni*, in *Nuova rass.*, 2006, 1457 s.; *Titolo V della Costituzione e lavori pubblici. La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di processo autorizzatorio, di procedure di gara e di esecuzione del contratto*, Atti, Convegno, Roma, 2 marzo 2006.

(8) Direttiva n. 2004/17/Ce del 31 marzo 2004, in materia di «Coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali» e direttive (segue)

garantire che lo svolgimento e l'aggiudicazione degli appalti avvenga nel rispetto del trattato ed, in particolare, delle quattro libertà di circolazione e dei principi di parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza.

Da questa finalità - garantire la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici - fa discendere che la disciplina contenuta nel codice con riguardo agli ambiti indicati nell'art. 4, c. 3, trova sicura legittimazione nella materia della «tutela della concorrenza», che la Costituzione, all'art. 117, c. 2, lett. e), attribuisce alla competenza esclusiva dello Stato.

In sostanza, l'intera fase pubblicistica della procedura di affidamento - le modalità di svolgimento delle gare, i requisiti di qualificazione e partecipazione, le cause di esclusione dei concorrenti, i criteri di selezione dei contraenti e di aggiudicazione dell'appalto, i casi di anomalia delle offerte, i poteri di vigilanza sul mercato, etc. - è ricondotta alla materia della tutela della concorrenza, di cui viene data una interpretazione evolutiva e dinamica, rafforzando così l'orientamento precedente.

La dottrina, com'è noto, al di là della comune affermazione circa il carattere «trasversale» della materia della «tutela della concorrenza» si è divisa tra un'interpretazione cd. «statica», limitata all'insieme delle regole *antitrust* in senso stretto (9) ed una «dinamica», comprensiva della regolamentazione del mercato (10). In questo contesto, la Corte, con la sentenza 13 gennaio 2004, n. 14 in materia di aiuti di Stato (che ha costituito il *leading case*) (11) ha scelto una lettura particolarmente estensiva delle clausole della tutela della concorrenza, basata su tre elementi fondanti. Primo: la nozione costituzionale di concorrenza riflette quella operante in campo comunitario, che comprende interventi regolativi, la disciplina *antitrust* e misure destinate a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza. Secondo: la tutela della concorrenza non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e di ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in un'accezione dinamica, che giustifica misure pubbliche miranti alla riduzione degli squilibri attraverso la creazione delle condizioni necessarie ad instaurare un assetto concorrenziale. Terzo: la competenza esclusiva dello Stato riguarda però solo gli strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell'intero paese e, dunque, si giustifica per la sua rilevanza macroeconomica.

Questo orientamento è stato sostanzialmente confermato dalla successiva giurisprudenza costituzionale in materia di ambiente, servizi pubblici locali e appalti pubblici, anche se con qualche lieve oscillazione, arrivando ad assimilare la «tutela della concorrenza in senso dinamico» con la «promozione della concorrenza» (12).

Nella sentenza, la Corte ripercorre questo orientamento, sottolineando che quel che rileva in materia di appalti non è la sola definizione della concorrenza nel-

l'accezione di «concorrenza nel mercato», ossia quella che si persegue attraverso la liberalizzazione del mercato stesso, ma anche la nozione di «concorrenza per il mercato» la quale impone che il contraente venga scelto mediante uniformi procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali. Inoltre, se la tutela della concorrenza non è sempre appannaggio della potestà statale, ciò non di meno essa ha natura trasversale e va, quindi, identificata come una funzione esercitabile sui più diversi oggetti. Nello specifico settore degli appalti, l'interferenza propria di tutte le c.d. «materie trasversali» si atteggia in maniera del tutto peculiare, per la prevalenza della disciplina statale su di ogni altra fonte. Ne consegue, che la fase della procedura di evidenza pubblica, da ricondurre alla tutela della concorrenza, può essere interamente disciplinata dal legislatore statale.

Da questa ricostruzione derivano tre conseguenze. La prima è il definitivo superamento della concezione contabilistica della materia dei contratti pubblici, che qualificava la normativa interna come posta esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione, anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale. La necessità di uniformare la normativa interna a quella comunitaria, sul piano della disciplina di scelta del contraente, fa sì che oramai diventi preponderante l'interesse a perseguire il più ampio confronto concorrenziale ed effettive condizioni di parità tra le imprese, per garantire il corretto e ordinato funzionamento del mercato comune. I valori della concorrenza e del libero mercato, in

Note:

(segue nota 8)

va n. 2004/18/Ce del 31 marzo 2004, relativa al «Coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi».

(9) Cfr. A. Pace, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano, 2005, 86; L. Cassetti, *Potestà legislativa esclusiva e tutela della concorrenza*, in www.federalismi.it, 2004.

(10) L. Ammannati, *La «tutela della concorrenza» nella riforma costituzionale: come definire e realizzare un «valore» comune a Stato e Regioni*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Berti*, Napoli, 2005; L. Buffoni, *La «tutela della concorrenza» dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2, 2003; G. Corso, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa*, in *Diritto pubblico*, 2002, 981.

(11) Corte costituzionale, 13 gennaio 2004, n. 14, in *Giur. It.*, 2004, 853. In senso critico, v. A. Pace, *Gli aiuti di Stato sono forme di «tutela» della concorrenza?*, in *Giur. Cost.*, fasc. 1, 2004, 237.

(12) Corte costituzionale, 27 luglio 2004, n. 272, in *Giur. It.*, 2005, 836. Tra le decisioni più significative in materia, si segnalano: 345/2004, 242/2005; 336/2005, 134/2005, 162/2005, 175/2005, 80/2006, 129/2006 in www.cortecostituzionale.it. Per una ricostruzione anche in senso critico della giurisprudenza costituzionale sulla nozione di tutela della concorrenza, si rinvia, tra gli altri, a L. Ceraso, *La recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla «tutela della concorrenza»* (art. 117, comma 2, lett. e): linee di tendenza e problemi aperti, in *Giur. Cost.*, fasc. 4, 2005, 3447-3464; P. De Pasquale, *La tutela della concorrenza tra Unione europea, Stato e regioni nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2005, fasc. 1, 99-110; M. Libertini, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, in *Giur. Cost.*, fasc. 2, 2005, 1429-1441.

altri termini, tendono oramai a sovrapporsi e plasmarsi su altri valori (economicità, efficacia, etc.), ancorati ad una visione tutta incentrata sugli atti e sui comportamenti dei poteri pubblici, oramai superata (13).

La seconda è che la tutela della concorrenza è, per così dire, «più trasversale delle altre materie trasversali», ovvero presenta tratti di peculiarità rispetto ad altre materie con la medesima vocazione. La tutela della concorrenza coincide, infatti, puramente e semplicemente con le condizioni per la sua realizzazione e, in quanto tale, ha un ontologico ed ineliminabile carattere di genericità ed astrattezza quanto al substrato materiale da incidere, che perciò la differenzia anche da altre materie trasversali sempre teleologicamente caratterizzate ma che assumono ambiti di intervento o di disciplina più o meno delimitabili (es. sicurezza dello Stato, tutela del risparmio, tutela del lavoro, tutela dell'ambiente). Con particolare riguardo ai contratti pubblici, la tutela della concorrenza non forma intrecci con altre materie, bensì le sorvola, venendo così pressoché sempre a prevalere sulle altre competenze, sia che le si incroci sul piano della regolamentazione della procedura di affidamento sia che vi si sovrapponga nel corso dello svolgimento della gara d'appalto specificamente bandita.

La terza conseguenza che evidenzia invece una sostanziale novità rispetto all'orientamento precedente, è costituita dal mutato peso attribuito al «test di proporzionalità» da parte della Corte. Nella giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma del titolo V, si era profilata la prassi 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 (14). Nella pronuncia in esame, e nella successiva sentenza n. 430 del 2007 (15), la Corte ridimensiona tale test, precisando che una volta ricondotta alla tutela della concorrenza, la normativa nazionale «può avere anche un contenuto analitico», non commisurandosi la sua proporzionalità e adeguatezza necessariamente al livello di dettaglio che essa presenta (sentenza n. 401); e restando 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» (sentenza n. 430) (16).

Non è, in altri termini, l'area di intervento lasciata ai legislatori regionali ciò che rileva, bensì la effettiva funzionalizzazione allo scopo: accertare se realmente la singola disposizione scrutinata sia strumentale ad eliminare limiti e barriere all'accesso al mercato ed alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale. In questo modo la Corte fornisce un indispensabile contributo di chiarezza e coerenza sistematica anche rispetto al problema di assimilazione tra l'ambito delle materie trasversali e quello delle materie concorrenti, che rischiava di diventare sempre più labile (17).

Da queste discendono tre ordini di considerazioni.

La prima è che diviene, in tal modo, mobile ed elastico il confine tra le norme di principio e le norme di dettaglio e si delinea un quadro interpretativo della materia concorrenza che accoglie la tesi secondo cui è possibile che i settori considerati siano ricondotti e quindi disciplinati, anche in maniera dettagliata, a livello statale. Nel mercato dei contratti pubblici, pertanto, le regole di «dettaglio» statali sulle procedure ad evidenza pubblica (es. criteri di qualificazione e selezione, criteri di aggiudicazione, tipologie di procedure) sono legittime in quanto (se e nei limiti in cui) siano strumentali alla tutela della concorrenza e indispensabili allo scopo.

La seconda, strettamente connessa alla prima, è che lo Stato, in base al principio del parallelismo legislazione-regolamentazione, è pienamente legittimato a dettare una normativa di livello regolamentare, salvando così la Corte anche l'impianto dell'art. 5 (oltre che dell'art. 4) del codice. La potestà regolamentare statale inoltre non incontra alcuna limitazione, poiché nell'esercizio di tale potestà non sussiste la necessità di un alcun coinvolgimento delle regioni (18). Qui non si può non evidenziare un atteggiamento critico della Corte nei confronti del ruolo e della funzione della Conferenza unificata. Infatti, pur confermandosi l'impostazione secondo cui l'istituto della Conferenza unificata rappresenta una delle sedi più qualificate per l'elaborazione di regole destinate ad integrare il parametro della leale collaborazio-

Note:

(13) Cfr. A. Massera, *L'attività contrattuale*, in G. Napoletano (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano 2007; M. Cafagno, *Gare pubbliche*, in S. Cassese, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006. V. altresì, L. Fiorentino, *Introduzione*, in L. Fiorentino e C. Lacava, *Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, *Giornale di diritto amministrativo*, Quaderni, 15, Milano, 2007.

(14) Così, nella sentenza 272/2004, cit., si evidenzia la necessità di basarsi su un criterio di proporzionalità-adequazione al fine di valutare la legittimità dell'intervento statale. Si vedano altresì le sentenze 3 marzo 2006, n. 80 e 1° febbraio 2006, n. 29 in materia di servizi pubblici locali.

(15) Corte costituzionale 14 dicembre 2007, n. 431, in www.cortecostituzionale.it.

(16) Cfr. M. Clarich e G. Fonderico, *La tutela della concorrenza salva il Codice legittimo anche le norme di dettaglio*, in *Edilizia e territorio*, n. 47/2007, 6; A. Celotto, *La «legge di Kirschmann» non si applica al codice degli appalti* (in margine alla sent. n. 401 del 2007 della Corte costituzionale), in *Giust. Amm.*, 2007, 11.

(17) In tal senso, la sentenza n. 401 fornisce la piattaforma argomentativa alla sentenza n. 431, nella quale si prende atto del vincolo, posto a carico della regione, al rispetto delle prescrizioni, anche a contenuto di dettaglio, fissate dal legislatore statale nella materia concorrente della tutela della salute qualora le medesime risultino legate al principio fondamentale, che unicamente lo Stato è abilitato ad adottare, da un evidente rapporto di coesistenzialità e necessaria integrazione. Sul punto, si rinvia a R. Bin, op. cit., e A. Mazzaroli, op. cit.

(18) «Nel caso in esame le altre competenze regionali diventano l'oggetto su cui incide la funzione espletata dallo Stato attraverso l'esercizio della potestà legislativa in materia della concorrenza. Si realizza dunque una separazione tra competenza statale e competenza regionale che non richiede, salvo le peculiarità di determinate fattispecie, particolari forme di leale collaborazione nella fase di esercizio della potestà regolamentare» (cons. 7.5).

ne, si ritiene che non sussista alcuna violazione di tale principio, qualora, a seguito delle modifiche suggerite in sede consultiva, il testo venga modificato in tal senso senza un'ulteriore sottoposizione a tale organo (19).

La terza considerazione è quella di avere sostanzialmente eliminato alcune categorie recessive proprio nell'ottica del diritto comunitario. La prima è quella degli appalti regionali e quindi della distinzione basata su un criterio soggettivo, peraltro già superato con la riforma del titolo V. La seconda, più rilevante, è quella della categoria degli appalti sotto soglia, rispetto alla quale la Corte sottolinea come i confini della soglia comunitaria siano mutevoli e tendano sempre più ad un allargamento dell'ambito comunitario. Inoltre, il valore economico dell'appalto non può essere invocato quale criterio di riparto delle competenze, poiché tutti i contratti pubblici sono per l'appunto ricondotti alla materia della tutela della concorrenza che trascende ogni aprioristica applicazione di regole predeterminate dal solo riferimento come, nella specie, al valore economico dell'appalto. Anche un appalto che si pone al di sotto della rilevanza comunitaria può giustificare un intervento unitario da parte del legislatore statale.

In conclusione, si ha una enfattizzazione della *ratio* pro concorrenziale della disciplina sugli appalti intorno alla quale la Corte costruisce i passaggi fondamentali della sua decisione sul riparto delle competenze tra lo Stato e le regioni. L'abbandono definitivo dei criteri tradizionali soggettivi e del valore dell'appalto e l'attribuzione, pressoché integrale, alla legislazione esclusiva statale della disciplina dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione rafforza pertanto una visione unitaria del mercato degli appalti, retto da regole uniformi di derivazione comunitaria e rese uniformi all'interno dello Stato mediante l'adozione di una unica legislazione, e applicabili sull'intero territorio nazionale senza limitazioni soggettive o di soglie di valore (20).

La struttura bifasica dell'attività contrattuale

Oltre alla tutela della concorrenza, la decisione - per respingere le censure delle regioni - fa riferimento ad altre due materie di competenza esclusiva dello Stato: l'ordinamento civile e la giurisdizione (21). La Corte afferma che l'attività contrattuale della pubblica amministrazione ha una struttura bifasica: la prima - pubblicistica - relativa alla procedura di affidamento, ricondotta alla «tutela della concorrenza», la seconda - privatistica - inerente la stipulazione ed esecuzione del contratto, ricondotta alla materia dell'«ordinamento civile» (art. 117, c. 2, lett. l). Ma anche quest'ultima, prettamente negoziale, viene riportata in senso lato all'esigenza della uniformità della disciplina, in funzione del rispetto dei principi di tutela della concorrenza (22).

La materia dell'«ordinamento civile» in specie comprende l'intera disciplina di esecuzione del rapporto contrattuale (incluso l'istituto del collaudo, che è, tra l'altro, anche specificamente disciplinato dall'art. 1655

e seguenti del codice civile), il quale si connota, pertanto, per la normale mancanza di poteri autoritativi in capo al soggetto pubblico, sostituiti dall'esercizio di autonomie negoziali. La Corte qui riprende e rafforza un orientamento giurisprudenziale consolidato ma per certi versi ancora controverso (23), secondo il quale l'amministrazione, nella fase che ha inizio con la stipulazione del contratto, si pone in una posizione di tendenziale parità con il soggetto privato aggiudicatario dell'appalto ed agisce non nell'esercizio di poteri amministrativi, bensì nell'esercizio della propria autonomia negoziale. Non si può peraltro non sottolineare qui una certa discrasia tra l'impostazione della Corte e la disciplina del codice, che attrae invece nella fase pubblicistica della procedura di affidamento anche la stipulazione del contratto (art. 11) (24).

Sulla base di tali presupposti, un'ampia porzione del codice degli appalti viene ricondotta alla competenza statale disciplinando aspetti afferenti a rapporti che presentano prevalentemente natura privatistica, pur essendo parte di essi una pubblica amministrazione. Sussiste, infatti, secondo la Corte, l'esigenza, sottesa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità di

Note:

(19) In tal caso, infatti, non si rende necessaria un'ulteriore sottoposizione alla Conferenza, anche perché ciò innescherebbe un meccanismo di rinvii potenzialmente infinito. In sostanza il ruolo della Conferenza viene svuotato, così come forse viene indebolito lo stesso principio di leale collaborazione, precisando la Corte che «non sussiste alcun obbligo di coinvolgimento delle regioni nella fase di esercizio della potestà regolamentare dello Stato nelle materie riservate alla sua competenza legislativa esclusiva». Sul punto, V. Petri, *Gli appalti, la concorrenza e la necessità di un'interpretazione maggiormente collaborativa. Nota alla sentenza 23 novembre 2007*, n. 401. *Primi punti*, in *Giustizia amministrativa*; A. Celotto, op. cit.

(20) Così, R. De Nictolis, *La Corte costituzionale si pronuncia sul codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in *Urb. e app.* 2008, 1, 5 ss.

(21) Alcune regioni lamentavano che il codice avesse stabilito una disciplina unitaria e non derogabile da parte loro anche in materia di stipulazione ed esecuzione dei contratti, direzione dell'esecuzione e dei lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrativa. Sostenevano in particolare che con tale disciplina lo Stato in realtà inciderebbe su aspetti organizzativi e procedurali dell'azione amministrativa, i quali andrebbero inclusi a seconda dell'oggetto, tra le materie di competenza concorrente o residuale ovvero investiva ambiti in cui erano ravvisabili spazi che vanno ascritti all'ordinamento e all'organizzazione amministrativa, di competenza esclusiva delle regioni.

(22) La Corte infatti stabilisce una stretta connessione tra l'ordinamento civile e la tutela della concorrenza. «Il prevalente ambito materiale in cui si colloca la norma in esame è rappresentato dall'ordinamento civile (art. 117, c. 2, lett. l, Cost.): spetta, infatti, al legislatore statale - ferma restando l'autonomia negoziale delle singole amministrazioni aggiudicatrici - individuare, per garantire uniformità di trattamento sull'intero territorio nazionale, il tipo contrattuale da utilizzare per la regolamentazione dei rapporti di lavori, servizi e forniture. Nella specie, inoltre, tale uniformità, nella previsione della tipologia e dell'oggetto dei contratti, è funzionale ad assicurare il rispetto dei principi sottesi alla competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza» (cons. 23.2).

(23) Sul punto si rinvia a R. De Nictolis, op. cit.

(24) Con conseguenze pratiche in ordine, tra l'altro, alla sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione e al relativo riparto di giurisdizione.

trattamento, nell'intero territorio nazionale, della disciplina della fase di conclusione ed esecuzione dei contratti di appalto avente, tra l'altro - per l'attività di unificazione e semplificazione normativa svolta dal legislatore -, valenza sistematica (25).

Per accentuare ulteriormente la potestà esclusiva statale, la Corte osserva che tale «ambito materiale comprende tutti gli aspetti che ineriscono ai rapporti di natura privatistica, in relazione ai quali sussistono le esigenze sopra indicate, senza che detti rapporti debbano rinvenire la loro disciplina necessariamente sul piano codicistico. In altri termini, la sussistenza di aspetti di specialità, rispetto a quanto previsto dal codice civile, nella disciplina della fase di stipulazione ed esecuzione dei contratti di appalto, non è di ostacolo al riconoscimento della legittimazione statale di cui all'art. 117, 2 c. lett. l) Cost.». Alle regioni viene riconosciuto uno spazio marginale di intervento laddove si ammette che nella fase di esecuzione dei contratti, e in relazione a peculiari esigenze di interesse pubblico, queste possano dettare singole e puntuali norme inerenti l'esercizio di poteri pubblici riferibili a specifici aspetti organizzativi della fase esecutiva medesima.

Infine, le norme relative al contenzioso e, in particolare l'accordo bonario, sono costituzionalmente legittime perché rientrano nella materia della «giurisdizione» e della «giustizia amministrativa» che l'art. 117, c. 2, lett. l) Cost. attribuisce alla legislazione statale esclusiva.

La regolazione pro concorrenziale e l'ordinamento comunitario

In una successiva decisione del 14 dicembre 2007, n. 431 (26), la Corte, richiamando ampiamente i principi affermati nella sentenza n. 401, sottolinea ancora una volta la connotazione finalistica del titolo di esclusiva competenza statale della «tutela della concorrenza» e ne evidenzia la peculiarità nell'ambito esaminato: consentire la piena apertura del mercato nel settore degli appalti a tutti gli operatori economici (27). Dinanzi a discipline espressione della «tutela della concorrenza», le regioni mantengono un ruolo assolutamente residuale.

Queste considerazioni sono supportate dalla Corte attraverso un raccordo con un'altra rilevante decisione, coeva e resa in materia di organizzazione del servizio farmaceutico, del 14 dicembre 2007, n. 430 (28) dove si afferma che la disciplina dettata dal legislatore statale in materia di tutela della concorrenza può ben essere integrale e dettagliata ed incidere legittimamente sulla totalità degli ambiti materiali in cui trova specifica applicazione, senza arrecare alcun sacrificio irragionevole e sproporzionato alle prerogative regionali.

Il carattere trasversale della tutela della concorrenza, implica, infatti, che questa, avendo ad oggetto la disciplina del mercato di riferimento delle attività economiche, possa influire anche su materie attribuite alla competenza legislativa, concorrente o residuale, delle regio-

ni. (29) Peraltro, detto carattere, al fine di evitare che siano vanificate le competenze delle regioni, comporta anche che norme regionali riconducibili a queste competenze possano avere effetti pro concorrenziali. Ciò deve ritenersi ammissibile purché tali effetti, connessi alla specificità dei settori disciplinati, siano indiretti e marginali e non si pongano in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che tutelano e promuovono la concorrenza (30).

La più recente giurisprudenza costituzionale sembra dunque voler rafforzare ulteriormente l'indirizzo inaugurato con la sentenza 14/2004 (v. *supra*), prospettando, al di là della disciplina dei contratti pubblici, la possibilità per lo Stato di utilizzare il titolo della competenza in materia di concorrenza allo scopo di promuovere la liberalizzazione negli altri settori dell'economia, mediante una normativa anche di dettaglio.

Infatti, l'aver enucleato la nozione di interventi a tutela della concorrenza non solo per il mercato, ma altresì nel mercato, volti a liberalizzare mediante l'eliminazione dei diritti speciali o esclusivi concessi alle imprese, sembra aprire la via ad un' incisiva attività di definizione delle condizioni regolatorie minime della competizione dello Stato (31). Visto dietro la lentezza della tutela della

Note:

(25) Sono in particolare riconducibili all'ordinamento civile i seguenti istituti e disposizioni: la regola della tassatività dei tipi contrattuali per la realizzazione di lavori (art. 53, c. 1); le garanzie di esecuzione ex art. 113 del codice; il subappalto di cui all'art. 118, la direzione dei lavori (art. 130); le polizze tipo ex art. 252, c. 6; le varianti in corso d'opera (art. 132); il collaudo.

(26) Per un approfondimento, si rinvia a Cfr. G. Fares, *Appalti pubblici e misure pro-concorrenziali: ancora da decifrare gli spazi per l'intervento normativo delle regioni*, in www.giurisprudenzacostituzionale.it.

(27) «L'esclusività di siffatta competenza si esprime nella ammissibilità della formulazione, da parte del legislatore statale, di una disciplina integrale e dettagliata delle richiamate procedure e nell'inderogabilità delle relative disposizioni, le quali legittimamente incidono, nei limiti della loro specificità e dei contenuti normativi che di esse sono propri, sulla totalità degli ambiti materiali entro i quali si applicano, senza che ciò determini una compressione irragionevole e sproporzionata di alcuna sfera di competenza regionale» (Cons. 5). Cfr. R. Mollica, *Riflessioni sul codice dei contratti pubblici alla luce della sentenza della Corte costituzionale 23 novembre 2007*, n. 401, in *Giurisprudenza amministrativa*, 2007, vol. II, n. 7 P. IV, pp. 359-369.

(28) Corte costituzionale 14 dicembre 2007, n. 430, in www.cortecostituzionale.it.

(29) Considerando 3.2.1., sentenza n. 430/2007.

(30) Considerando 5, sentenza n. 431/2007.

(31) Così, la sentenza n. 430 legittima la potestà statale per gli «interventi regolatori che a titolo principale incidono sulla concorrenza, quali: le 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; le 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, in generale i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche. In tale maniera, vengono perseguite finalità di ampliamento dell'area di libera scelta sia
(segue)

concorrenza, il confine tra le norme di principio e le norme di dettaglio diviene così mobile ed elastico, legittimando l'intervento legislativo statale anche in materie concorrenti (32). Mentre l'intervento legislativo delle regioni viene confinato nei limiti degli «effetti indiretti e marginali» e sempre a condizione che le relative norme siano pro concorrenziali, ovvero in grado di produrre un aumento del livello di concorrenzialità nei settori dell'economia considerati. In altri termini, com'è stato sottolineato «la tutela della concorrenza, in quanto materia-funzione trasversale attribuita alla legislazione esclusiva dello Stato, assume il rilievo di baricentro della disciplina pubblica dell'economia e costituisce un limite per la regolazione economica adottata dalle regioni» (33).

Ma, la regolazione pro concorrenziale non rappresenta un vincolo anche statale oltre che regionale? In altri termini, l'uniformità assicurata dall'intervento statale rappresenta un'ideale garanzia del buon funzionamento del mercato? E ancora, la circostanza che la disciplina nazionale sia originata - come nel caso degli appalti - dagli obblighi di recepimento di direttive comunitarie, è di per sé sufficiente a fornire tale garanzia?

Lo spunto, nel settore degli appalti, può discendere proprio dalla affermazione del superamento della concezione contabilistica, e quindi della soggezione anche del potere pubblico, oltre che delle imprese, alle regole del mercato, con il conseguente ridimensionamento della regolazione anche statale, entro i confini necessari a garantire l'instaurarsi e il mantenersi dell'equilibrio concorrenziale.

Il riferimento è non solo e non tanto alle continue vicissitudini normative che ha subito il codice dei contratti pubblici dalla sua entrata in vigore, con due decreti correttivi (oltre ai decreti sospensivi) (34) e un regolamento di attuazione, al momento sospeso (35), sul quale il Consiglio di Stato ha emanato un parere con numerose censure basate proprio sull'eccesso di delega e di regolazione (36). Quanto soprattutto alla decisione della Commissione europea del 31 gennaio 2008 sopra citata, di avvio della procedura di infrazione contro il governo italiano sul codice dei contratti, che contesta una serie di disposizioni di tale decreto perché più limitative rispetto alle direttive europee, meno flessibili e non garanti del buon funzionamento del mercato degli appalti.

Non è questa la sede per approfondire la vicenda, ma le censure della Commissione sono tante e tali da ripercorrere interi «pezzi» della procedura ad evidenza pubblica (37). Due esempi sono indicativi in tal senso. Il primo riguarda l'elenco delle categorie di operatori ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici (art. 34, par. 1). La Commissione osserva che la disposizione, facendo riferimento ai consorzi costituiti secondo la legge italiana e disciplinati da quest'ultima, sembrerebbe escludere la partecipazione di quelli costituiti conformemente alla legislazione di altri

Stati membri. Più in generale, essa rileva che l'elenco non sembra permettere la partecipazione alle gare di operatori aventi una forma giuridica diversa da quelle indicate, e in specie di altre entità pubbliche ovvero di entità qualificabili come organismi di diritto pubblico ai sensi delle direttive sugli appalti pubblici (38). Considerazioni identiche sono svolte con riguardo alle categorie di operatori economici che possono partecipare alle procedure per l'affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria (art. 90) e dei concorsi di progettazione (art. 101).

Ne consegue che l'art. 34, par. 1, nonché gli articoli 90 e 101 del codice, anche in combinato con l'articolo 237, «sono contrari alle direttive 2004/18/Ce e 2004/

Note:

(segue nota 31)

dei cittadini, sia delle imprese, queste ultime anche quali fruitrici, a loro volta, di beni e di servizi (sentenza n. 401 del 2007). Si tratta, in altri termini, dell'aspetto più precisamente di promozione della concorrenza, che è una delle leve della politica economica del Paese (sentenze n. 80 del 2006; n. 242 del 2005; n. 175 del 2005; n. 272 del 2004)» (Cons. 3.2.1).

(32) Secondo un'operazione logica già più volte utilizzata (cfr., invero, la sentenza n. 336 del 2005 in tema di installazione di impianti di comunicazione elettronica).

(33) M. D'Alberty, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 4, 705-721. Si veda altresì, A. Catricalà, *Relazione introduttiva al Convegno: Codice degli appalti tra Stato e Regioni: la Corte costituzionale scioglie molti nodi*, Roma, 11 dicembre 2007. In senso critico, invece, si vedano M. Libertini, op. cit., A. Pace, op. cit., R. Caranta, op. cit.

(34) Cfr. C. Lacava, *Il secondo correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *questa Rivista*, 2007, n. 12, 1255 ss.

(35) «Schema di regolamento di esecuzione e attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture». Il governo dimissionario, nello scorso mese di marzo, ha ritirato il suddetto regolamento, già firmato dal Presidente della Repubblica e trasmesso alla Corte dei conti. Per una disamina delle principali novità introdotte dal regolamento, si rinvia alle *relazioni* al Convegno IGI, «Il nuovo regolamento sui contratti pubblici: prime riflessioni sul testo predisposto dal Ministero delle infrastrutture», Roma, 16 ottobre 2007.

(36) Consiglio di Stato, Adunanza generale, parere del 17 settembre 2007, n. 3262.

(37) Le censure si possono raggruppare in tre ambiti: 1) le disposizioni del codice che sollevano problemi di compatibilità con le direttive appalti pubblici (appalti aggiudicati a scopo di rivendita o locazione a terzi, soggetti ai quali possono essere affidati e contratti pubblici, partecipazione dei raggruppamenti temporanei di imprese e dei consorzi, verifica della capacità dei candidati, iscrizione di fornitori o prestatori di servizi in elenchi ufficiali, possibilità di avvalersi della capacità di terzi, dialogo competitivo, informazione dei candidati/offertenti, criteri utilizzati per l'aggiudicazione dell'appalto, attribuzione diretta di appalti pubblici in caso di fallimento o di risoluzione del contratto, disposizione in materia di promotore, realizzazione di opere di urbanizzazione, società pubblica di progetto, infrastrutture strategiche); 2) le omissioni o i riferimenti incrociati erronei; 3) le disposizioni non trasposte.

(38) La Commissione precisa che ai sensi delle direttive appalti pubblici, la nozione di «operatore economico» comprende «ogni persona fisica o giuridica o ente pubblico o raggruppamento di tale persone o enti che offra sul mercato ...la realizzazione di lavoro e/o opere, prodotti o servizi» (art. 1, par. 8 della direttiva 2004/18/Ce). «Ne deriva che le direttive appalti pubblici non permettono di restringere la possibilità di partecipare alle gare ad alcune categorie di operatori escludendone altre».

17/Ce, nella misura in cui essi escludono la possibilità di partecipare alle gare di appalti e ai consorzi di progettazione soggetti a dette direttive, per gli operatori che hanno una forma giuridica diversa da quelle contemplate dai citati articoli, e segnatamente per le altre amministrazioni aggiudicatrici che, in base alla normativa che disciplina la loro attività, sono autorizzate ad offrire sul mercato beni e servizi ovvero la realizzazione di lavori».

Il secondo esempio concerne l'istituto di nuova introduzione nel nostro ordinamento - l'avvalimento -, ossia la possibilità prevista dall'art. 49 del codice per gli operatori che desiderino partecipare ad una gara d'appalto, di avvalersi della capacità di altri soggetti. Il c. 6 limita questa possibilità alle capacità di un solo soggetto terzo per ciascun requisito o categoria. Il ricorso alle capacità di più soggetti è consentito solo quando il bando di gara ammette tale possibilità in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni.

Ai sensi dell'art. 49, c. 7, inoltre, il bando di gara può limitare la possibilità di avvalersi della capacità di terzi ai soli requisiti economici o tecnici ovvero esigere che il ricorso alle capacità di terzi sia possibile solo per integrare un preesistente requisito già posseduto dal concorrente in misura o percentuale indicata nell'avviso.

Al riguardo, «la Commissione rileva che gli articoli 47, par. 2 e 48, par. 3, della direttiva 2004/18/Ce, nonché l'articolo 54, par. 5 e par. 6 della direttiva 2004/17/Ce, riconoscono agli operatori economici il diritto di

avvalersi della capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei loro legami. Nessuna limitazione è prevista, e dunque consentita, da dette direttive, la sola condizione essendo quella di permettere all'amministrazione aggiudicatrice di verificare che il candidato/offertore disponga della capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto. Posto quanto sopra, le limitazioni al suddetto diritto previste dall'articolo 49, par. 6 e par. 7 del Codice sono in contrasto con le citate disposizioni delle direttive appalti pubblici».

In conclusione, la decisione della Commissione rappresenta un indice rivelatore di un possibile pericolo insito nell'orientamento della Corte. Com'è stato sottolineato «l'erigere la legge statale a parametro di valutazione della «tutela della concorrenza» implica, infatti, il rischio che il parametro stesso non sia poi compatibile con la vera cartina di tornasole in materia, che può essere solo il diritto comunitario» (39).

Di qui la necessità non solo di garantire una disciplina uniforme a livello nazionale nel settore dei contratti, come in molti altri ambiti della disciplina pubblica dell'economia, ma anche di sottoporre ad attento vaglio la stessa disciplina statale per verificare se questa rispetti effettivamente il principio di buon funzionamento del mercato e di tutela della concorrenza.

Nota:

(39) R. Caranta, op. cit.

LIBRI

Collana: **Diritto in pratica**

Codice del condominio

Annotato con la giurisprudenza – Rinvii alle formule e alla dottrina

Gian Vincenzo Tortorici - Mariagrazia Monegat



Il Codice del condominio raccoglie le principali norme di interesse condominiale, **annotate con la giurisprudenza di legittimità**. Le massime sono illustrate in una sequenza sistematica, per gruppi di argomenti. Inoltre, nelle massime le parole chiave sono state evidenziate con carattere grassetto al fine di permettere al lettore una più **rapida individuazione degli argomenti**.

Il Codice può essere **integrato e completato con il Formulario del condominio+CD**, nel quale sono riportate le principali formule degli atti più usuali che gli operatori del

settore utilizzano quando si occupano di questioni inerenti la materia condominiale.

Ipsa 2008, pagg. 608, € 38,00
Cod. 93400

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsa di zona** (www.ipsa.it/agenzie)
- **<http://ipshop.ipsa.it>**