

EFFETTI DELLE SENTENZE DELLA CORTE COSTIZIONALE SUI PROCEDIMENTI ATTUATI IN VIGENZA DI NORME REGIONALI ABROGATE

<<Si conclude, quindi, nel senso che l'avvenuta aggiudicazione ottenuta sulla base di una partecipazione alla gara parametrata a peculiare disposizione regionale (art. 54 1° comma_ dimezzamento della cauzione provvisoria) divenuta incostituzionale, deve essere annullata, con i conseguenti effetti in termini di obbligo al rinnovamento della procedura di affidamento del servizio, con applicazione delle norme prevalenti nazionali. >>

L'accoglimento del presente ricorso (in applicazione degli effetti della sentenza di incostituzionalità) impone, quindi, solo il rinnovamento della gara (e non anche il riconoscimento del risarcimento del danno), coerente con il nuovo mutato quadro normativo (espunte, cioè, dall'ordinamento e dal relativo bando le norme regionali incostituzionali).

Ne consegue che il disciplinare di gara (al tempo recependo correttamente la normativa regionale vigente) è stato formulato alla luce di una disposizione -articolo 54 1° comma della legge regionale 5/2007- che consentiva in generale, per la regione Sardegna, la prestazione di una cauzione provvisoria pari all'1% dell'importo base (anziché quella del 2% prevista dalla corrispondente norma articolo 75 primo comma del codice nazionale 163/2006), ha perso il proprio parametro legislativo di riferimento (su cui poggiava), con l'effetto di venir travolto (ex tunc) dagli effetti della suddetta pronuncia di incostituzionalità, compreso il provvedimento di aggiudicazione che su tale atto si fondava.

Ne consegue che la gara, svoltasi sulla base delle peculiari disposizioni normative regionali, si rileva viziata per effetto della rilevanza sulle

questioni pendenti della sentenza di incostituzionalità, la cui portata è stata tempestivamente resa oggetto di ricorso innanzi a questo giudice.

L'effetto della sentenza dichiarativa d'illegittimità costituzionale di disposizioni di legge o di fonti primarie è di far perdere efficacia alle disposizioni dichiarate incostituzionali (cfr. art. 136 cost. e art. 30 3° comma della L. 87 11.3.1953), nel senso che dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza nessuna pubblica autorità può più fare applicazione delle disposizioni dichiarate incostituzionali; di conseguenza i provvedimenti, emanati sulla base della disposizione dichiarata costituzionalmente illegittima nel corso del giudizio d'impugnazione, vanno annullati, a nulla rilevando che essi erano "legittimi alla data in cui furono adottati", e ciò in quanto, ai sensi dell'art. 1 L. cost. 9 febbraio 1948 n. 1, la declaratoria di incostituzionalità è efficace rispetto a situazioni pendenti, tra le quali sono da comprendere anche quelle di provvedimenti, adottati sul presupposto di fonti primarie oggetto della declaratoria suindicata, ma che non siano divenuti inoppugnabili o rispetto ai quali non sia intervenuto un giudicato di reiezione di eventuali impugnazioni (Consiglio Stato , sez. V, 28 dicembre 2006 , n. 8056).

La Corte costituzionale con la pronunzia 411/2008 ha dichiarato costituzionalmente illegittime una serie di norme, per violazione dell'articolo 3 lettera e) dello Statuto, in quanto stabiliscono una disciplina difforme da quella nazionale, alla quale avrebbero dovuto, invece, adeguarsi alla stregua dell'articolo 4, comma 5, del decreto legislativo n. 163 del 2006, in materie - quelle della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile - estranee alla competenza legislativa regionale e riservate viceversa allo Stato. Tra queste norme vi è anche l'articolo 54 rubricato "Garanzie ed assicurazione", il quale è stato

dichiarato incostituzionale per quanto concerne, in particolare, i commi 1, 2, 8, 9, 10 e 11 (solo contro tali commi era stata sollevata la questione). _In sostanza la legge regionale, nella parte in cui ha dettato una disciplina della gara e dei criteri di aggiudicazione dell'appalto difforme rispetto quella posta dal legislatore statale, titolare della competenza esclusiva in materia di concorrenza, è stata ritenuta non compatibile con il sistema.

In altri termini, è stata ritenuta illegittima, per quanto qui interessa, la disposizione regionale che consentiva la riduzione della cauzione (piena) dal 2% all'1%.

Era poi strutturata, invece, in modo comune la possibilità di dimezzamento -nel ns. caso applicato dal comune dall'1% allo 0,50%- della cauzione in caso di impresa "certificata" con UNI CEI ISO 9000 o equipollenti. _ In ogni caso ciò che rileva è che il dimezzamento allo 0,50% è stato dichiarato incostituzionale e questo giudice non può procedere, nella valutazione della controversia, dando per ammessa la norma regionale illegittima.

la ricorrente è stata esclusa in quanto ha presentato la cauzione provvisoria priva della dichiarazione sostitutiva di atto notorio che comprovi l'identità del sottoscrittore ed il suo potere di impegnare, contrariamente a quanto richiesto al punto 5 del disciplinare di gara
Con ricorso notificato il 21 gennaio 2009 e depositato il successivo 31/1 la ditta ricorrente ha impugnato (unicamente) gli atti di gara concernenti l'aggiudicazione alla ditta contro interessata Ha ritenuto, invece, di non impugnare il proprio provvedimento di esclusione dalla competizione. Ciò al fine di far valere (solamente) il proprio interesse "strumentale" alla rinnovazione del procedimento di gara e non anche alla declaratoria di annullamento del provvedimento che la escludeva dalla gara.
Sono state quindi formulate solo censure inerenti l'affidamento del servizio all'odierna contro interessata; in particolare:
Illegittimità dei provvedimenti comunali impugnati per sopravvenuta sentenza della corte costituzionale n. 411 del 3/12/2008 che ha dichiarato costituzionalmente illegittime una serie di norme della legge regionale n. 5/ 2007, recanti

una disciplina difforme rispetto quella prevista dal legislatore statale;
ammissibilità del dimezzamento (dall'1% allo 0,50% dell'importo base) della cauzione provvisoria solo in caso di possesso del certificato " UNI CEI ISO 9001", in base all'articolo 54 della legge regionale 5 / 2007, successivamente dichiarata incostituzionale con la sentenza C.C. n. 411 del 3/12/2008 - l'aggiudicataria non ha allegato tale certificato ma solo quello "ISO 14001";
Con il ricorso è stata anche formulata istanza risarcitoria:
-in forma specifica, oltre al risarcimento del danno emergente legato al ritardo della procedura ed alle spese aggiuntive sopportate;
-in subordine, danno per equivalente per perdita di chances, nella misura che verrà quantificata, anche in via di equità;
-in ogni caso per la condanna della stazione appaltante, per il periodo per il quale l'appalto ha già avuto esecuzione, al risarcimento del corrispondente danno per l'equivalente nella misura che risulterà dovuta, anche in via equitativa
cosa ne pensa l'adito giudice amministrativo?

L'interesse della ricorrente è unicamente quello "strumentale" alla rinnovazione della gara svolta con la partecipazione di due imprese (la ricorrente e la controinteressata). Sul punto la giurisprudenza recente ha chiarito che, in caso di ammissione di due sole imprese, è ammissibile il ricorso proposto dall'esclusa, anche quando il provvedimento di esclusione non sia gravato in via giurisdizionale. Cioè, pur se ritenuta legittima ed accettata la propria esclusione, il soggetto è titolare di una peculiare posizione "differenziata" (rispetto al terzo non partecipante) a che lo svolgimento della procedura di affidamento avvenga in modo rispettoso delle norme e delle disposizioni di gara. Ciò in quanto, qualora l'aggiudicazione si riveli illegittima, la procedura andrà totalmente rinnovata, con conseguente acquisizione della chance di partecipazione e quindi di possibile nuova aggiudicazione.

Tale prospettiva e ricostruzione, condivisibile o meno, è stata fatta propria sia dall'organo d'appello che dai Tar, e ad essa il Collegio ritiene di doversi adeguare, con reiezione dell'eccezione del Comune in tema di carenza di interesse da parte della ditta ricorrente.

Il soggetto legittimamente escluso dalla gara di appalto è, dunque, privo di interesse a dolersi della mancata esclusione di altri concorrenti e dell'aggiudicazione ad altra impresa, salvo il caso di permanenza di interesse (strumentale) alla rinnovazione, qualora sia contestata l'ammissione dell'unica impresa rimasta in gara e divenuta aggiudicataria, ovvero sia dedotto un vizio idoneo a travolgere in radice la procedura. Infatti, una tale impugnazione, se fondata, comporta l'onere dell'Amministrazione di indire una nuova gara, alla quale il concorrente escluso sarebbe in grado di partecipare con conseguente chance di divenirne aggiudicatario (T.A.R. Trentino Alto Adige Trento, 25 febbraio 2009, n. 60).

Una impresa è, dunque, "titolare di un interesse a ricorrere non solo quando mira ad ottenere l'aggiudicazione della gara cui abbia partecipato, ma anche quando, quale titolare di un interesse 'strumentale', mira ad ottenere l'annullamento di tutti gli atti, affinché la gara sia ripetuta con l'indizione di un ulteriore bando" (cfr. CS. A.P. n. 11 del 10.11.2008, principio affermato proprio in relazione alla partecipazione di sole 2 imprese alla gara).

Passando al merito, nel caso di specie, per priorità logica e sistematica, occorre verificare l'incidenza che può aver avuto la sentenza della Corte costituzionale n. 411 del 17 dicembre 2008 che ha pronunciato l'illegittimità costituzionale di una molteplicità di norme contenute nella legge regionale n. 5 del 7 agosto 2007 "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" (tra le quali l'art. 54).

Si evidenzia innanzitutto che la pronuncia è intervenuta successivamente all'adozione del provvedimento finale di aggiudicazione definitiva (del 20/11/2008).

Ma l'art. 136 cost. stabilisce che la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione; e la declaratoria di illegittimità costituzionale ha efficacia retroattiva nei confronti dei rapporti giuridici pendenti, costituiti dai rapporti che non sono stati definiti per effetto di prescrizione, decadenza, usucapione, transazione, provvedimento amministrativo inoppugnabile o sentenza passata in giudicato (T.A.R. Campania Salerno, sez. I, 04 ottobre 2005, n. 1862).

Gli effetti della pronunzia vanno correlati al primo motivo di ricorso, in considerazione della formulazione del disciplinare di gara (del 15/7/28) in ordine alle modalità di presentazione della cauzione provvisoria (cfr. pagina 6 punto 5 “cauzione provvisoria”):

vengono in evidenza, in particolare, le rispettive disposizioni normative nazionali e regionali, in materia, che sono state toccate dalla suddetta pronunzia di incostituzionalità.

Trattasi dell'articolo 54 della legge regionale 5/2007 e dell'art. 75 del codice 163/2006.

L'articolo 75 1° comma del codice stabilisce che

“l'offerta è corredata da una garanzia, pari al 2% del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fidejussione, a scelta dell'offerente”.

Il successivo 7° comma consente che “l'importo della garanzia, e del suo eventuale rinnovo, è ridotto del cinquanta per cento per gli operatori economici ai quali venga rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000, ovvero la dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema. Per fruire di tale beneficio, l'operatore economico segnala, in sede di offerta, il possesso del requisito, e lo documenta nei modi prescritti dalle norme vigenti”.

L'articolo 54 della legge regionale 5/2007 prevede:

-“Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 21, comma 7, e dall'articolo 22, comma 17, l'offerta da presentare per l'affidamento di un appalto per lavori, forniture e servizi, esclusi quelli di progettazione, è corredata da una <cauzione pari all'1 % dell'importo dell'appalto>, da prestare anche mediante fidejussione bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del decreto legislativo n. 385 del 1993, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzati dal competente Ministero. La cauzione deve avere validità per almeno 180 giorni dalla data di presentazione dell'offerta e deve espressamente contenere l'impegno del fidejussore a rilasciare la garanzia di cui ai commi 2 e 3, qualora il concorrente risulti aggiudicatario. La cauzione copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto. Ai non aggiudicatari la cauzione è restituita entro quindici giorni dall'aggiudicazione. La cauzione provvisoria non è dovuta per l'affidamento di appalti di forniture e servizi di importo inferiore a euro 211.000 [1° comma].

- (comma 11) “Le imprese alle quali venga rilasciata da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000, la certificazione di sistema di qualità conforme alla UNI CEI ISO 9000, ovvero la dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema, usufruiscono del beneficio che la cauzione e la garanzia fidejussoria previste rispettivamente dai commi 1, 2 e 3, sono <ridotte del 50 %> per le imprese certificate [11° comma dichiarato incostituzionale].

Il Disciplinare di gara al punto 5 “cauzione provvisoria” riporta il testo dell'art. 54 della LR 5/2007 e richiede l'ammontare dell'1% (5.454 euro), suscettibile di dimezzamento (riduzione allo 0,50% sempre in forza dell'art. 54 della LR 5/2007).

ai sensi dell'art 136 Costituzione “quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione” .

E nel caso di specie era stato impugnato il procedimento di gara proprio per quanto attiene le modalità di prestazione della cauzione (che era stata rapportata all'1% ed applicata allo 0.50%).

In particolare è stata sottoposta a giudizio la verifica della legittimità o meno della partecipazione della controinteressata alla gara tramite presentazione di una cauzione di Euro 2.728 di importo garantito (cioè lo 0,50% in applicazione del combinato disposto dei commi 1° e 11° dell'art. 54 della LR 5/2007, entrambi dichiarati incostituzionali).

Il Disciplinare di gara richiedeva la garanzia, con cauzione o fideiussione, di Euro 5.454,55, pari all'1% dell'importo base, suscettibile di dimezzamento in caso di certificazione ad hoc.

Ogni eventuale pronunzia (nel merito) che abbia come parametro di riferimento (e quindi come implicita convalida) la norma regionale non è ammessa dall'ordinamento.

Non si può, cioè, pervenire ad un accertamento della validità/invalidità delle modalità operative correlate ad un presupposto normativo divenuto illegittimo (l'ammontare della cauzione: 1% o 2 %, a sua volta suscettibile di dimezzamento).

Le sentenze della Corte Costituzionale, dichiarative dell'incostituzionalità di norme di legge, infatti, hanno "effetti retroattivi" e incontrano il solo limite dei c.d. diritti quesiti e dei c.d. rapporti esauriti (Consiglio Stato, sez. IV, 11 settembre 2009, n. 5479).

Nella specie le sentenze di accoglimento della Corte costituzionale producono l'annullamento delle norme di legge dichiarate incostituzionali, le quali non potranno più trovare applicazione né da parte del giudice che ha sollevato la questione di costituzionalità, né da alcun altro giudice che si trovi a risolvere una controversia con l'applicazione di quelle norme, né da parte della p.a., né da parte di altri soggetti dell'ordinamento ed hanno dunque un effetto "erga omnes" (T.A.R. Toscana, sez. I, 10 novembre 2008, n. 2451).

E le sentenze della Corte Costituzionale, che dichiarino l'incostituzionalità di determinate norme giuridiche, producono effetti diretti nel processo amministrativo anche indipendentemente dalla proposizione, da parte dell'interessato, dell'eccezione d'incostituzionalità; ne consegue che quando l'applicazione delle norme dichiarate incostituzionali rientri nelle questioni sottoposte al giudice amministrativo con i motivi di ricorso, ovvero riguardi il potere sulla cui base sia stato emanato l'atto impugnato od i correlativi interessi, il giudice amministrativo può, anche indipendentemente dalla prospettazione di specifici motivi di gravame in tal senso, rilevare d'ufficio l'intervenuta declaratoria, da parte della Consulta, dell'incostituzionalità di norme in applicazione delle quali risulti essere stato adottato il provvedimento impugnato e trarre da ciò le conseguenze del caso, in relazione all'atto ed al rapporto di cui al giudizio (T.A.R. Emilia Romagna Bologna, sez. I, 14 febbraio 2008, n. 224).

Si conclude, quindi, nel senso che l'avvenuta aggiudicazione ottenuta sulla base di una partecipazione alla gara parametrata a peculiare disposizione regionale (art. 54 1° comma) divenuta incostituzionale, deve essere annullata, con i conseguenti effetti in termini di obbligo al rinnovamento della procedura di affidamento del servizio, con applicazione delle norme prevalenti nazionali.

Per quanto concerne la richiesta risarcitoria si evidenzia che:

nessun corrispettivo a titolo di servizio sostitutivo poteva vantare il ricorrente per quanto concerne la procedura di gara impugnata, essendo egli stato escluso con provvedimento non impugnato, i cui effetti si sono consolidati;

la stazione appaltante ha svolto l'attività di gara alla luce delle disposizioni allora vigenti (luglio-novembre 2008); la sentenza della Corte del dicembre 2008 è intervenuta successivamente al completamento dell'attività amministrativa presupposta alla stipulazione del contratto; l'odierno annullamento conduce alla caducazione degli atti di gara ma non può comportare anche l'affermazione di una responsabilità civile in capo al Comune, che si era attenuto alle disposizioni al

tempo operative ed efficaci (e che non poteva disapplicare). L'aver fatto applicazione delle disposizioni (poi annullate dal giudice delle leggi) pone il Comune al riparo da responsabilità, avendo l'Amministrazione, dopo la sentenza del dicembre 2008, solo stipulato il contratto. E la peculiarità della situazione (unica partecipante ammessa l'aggiudicataria), con sostanziale assenza di potenziali soggetti lesi, ben poteva indurre l'Amministrazione a legittimamente procedere alla stipula, anche in considerazione della necessità di dover disporre celermente di un servizio essenziale (raccolta/smaltimento rifiuti).

Ne consegue che, non ravvisandosi profili di "colpa" nell'aver applicato una norma poi divenuta incostituzionale, il Comune non è tenuto a risarcire alcun danno, né in forma specifica, né in forma generica e/o in termini di perdita di occasione di aggiudicazione e neppure da ritardo.

(Tar Sardegna. Cagliari con la sentenza numero 1954 del 25 novembre 2009)

Con la sentenza n. 401 del 2007 la Corte Costituzionale ha ritenuto che anche la cauzione provvisoria attenga alla fase della scelta del contraente, rispetto alla quale occorre "garantire la competitività e la concorrenzialità delle imprese nel segmento di mercato interessato dai contratti per l'esecuzione di lavori pubblici, servizi e forniture"

La disciplina della cauzione provvisoria, pertanto, è riservata integralmente alla competenza legislativa, anche di dettaglio, dello Stato in quanto ricade nella materia della tutela della concorrenza di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione. Con la conseguenza che la legge regionale non può dettare una disciplina diversa da quella statale

La decisione in ordine alla domanda di annullamento dei provvedimenti di escussione della cauzione provvisoria e di segnalazione all'Autorità di vigilanza, formulata con il

ricorso in esame, dipende conseguentemente dall'applicazione, o non, dei commi 3, 4 e 5 dell'art. 18 della legge regionale sarda n. 5/2007. _ Quanto alla domanda di annullamento dei provvedimenti di escussione della cauzione provvisoria e di segnalazione del fatto all'Autorità di vigilanza, ritenuta la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 18, commi 3, 4 e 5, della legge della regione Sardegna 7 agosto 2007, n. 5, deve essere sospeso il giudizio e trasmessi gli atti alla Corte Costituzionale.

La questione di legittimità costituzionale delle suddette disposizioni regionali non è manifestamente infondata con riferimento alla violazione dell'art. 3, lettera e), dello statuto speciale per la regione Sardegna, di cui alla legge costituzionale n. 3 del 1948, e all'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, nella parte in cui attribuisce allo Stato la competenza legislativa esclusiva sulla tutela della concorrenza.

Riguardo ai parametri costituzionali indicati, essi appaiono conformi alla giurisprudenza costituzionale in materia. Il riferimento è innanzitutto alla sentenza 3 dicembre 2008, n. 411, con cui la Corte Costituzionale ha accolto numerose questioni di legittimità costituzionale sollevate nei confronti della legge della Regione Sardegna 7 agosto 2007, n. 5, muovendo dalla premessa che la attribuzione statutaria (art. 3, lettera e), dello Statuto speciale della Regione Sardegna) di una competenza legislativa esclusiva riferita alla materia dei lavori pubblici di interesse regionale non comprende le materie della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile, facendone conseguire l'incostituzionalità delle disposizioni impugnate della legge regionale per avere esercitato la potestà legislativa in materie estranee alla previsione statutaria, e riservate allo stato dall'art. 117, secondo comma, lettera e) della Costituzione. Con la medesima pronuncia la Corte ha, inoltre, confermato quanto in precedenza affermato con la sentenza n. 401 del 2007, cioè che la disciplina legislativa sulle procedure di qualificazione e selezione dei concorrenti e sulle procedure di affidamento rientra in ambiti compresi nella materia della tutela della concorrenza riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.

3.6. - Le disposizioni regionali di cui all'art. 18, sopra citate, incidono, per un primo aspetto, sulla disciplina in materia di cauzione provvisoria, introducendo una ipotesi di escussione che non è prevista dalla disciplina statale (di cui agli artt. 48 e 75 del codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163). Con la sentenza n. 401 del 2007 il giudice delle leggi ha ritenuto che anche la cauzione provvisoria attenga alla fase della scelta del contraente, rispetto alla quale occorre "garantire la competitività e la concorrenzialità delle imprese nel segmento di mercato interessato dai contratti per l'esecuzione di lavori pubblici, servizi e forniture" (§ 12.2. del Considerato in diritto). Con la sentenza n. 411 del 2008, la Corte Costituzionale ha confermato tale indirizzo annullando l'art. 54, commi 1, 2, 8, 9, 10 e 11 della l.r. sarda n. 5 del 2007, in tema di garanzie ed assicurazioni dell'offerta, nella parte in cui dettavano una disciplina difforme rispetto a quella posta dal legislatore statale. _ Per un secondo aspetto, l'art. 18 della legge regionale sarda n. 5/2007, concerne la disciplina della qualificazione e della selezione dei concorrenti, atteso che la segnalazione del fatto all'Autorità di vigilanza comporta (ai sensi dell'art. 6, comma 11, nonché dell'art. 48, comma 1, ultimo periodo, del codice dei contratti pubblici) l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie nonché l'eventuale sospensione (da uno a dodici mesi) dell'impresa dalla partecipazione alle procedure di affidamento. La norma regionale, introducendo una ipotesi di segnalazione non contemplata dalla normativa statale (che, come visto, all'art. 48 del codice dei contratti pubblici la prevede solo in caso di mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria) si pone conseguentemente, per gli stessi motivi indicati al punto precedente, in contrasto con l'art. 117 Cost. e con l'art. 3, lett. e), dello Statuto sardo.

(Tar Sardegna, Cagliari, con la sentenza numero 1449 del 13 agosto 2009)

Il parere della Corte costituzionale

E' doveroso affermare che pur in presenza di un appalto sotto soglia, debbano essere comunque rispettati i principi fondamentali del Trattato idonei a consentire l'esercizio di un potere conforme ai canoni della parità di trattamento, della trasparenza e della pubblicità, al fine di garantire un assetto concorrenziale del mercato.? Quali sono gli ambiti di competenza dello Stato rispetto alla competenza delle Regioni per quanto concerne la possibilità di legiferare in materia di appalti pubblici? quanto è ampio il concetto di tutela della concorrenza? l'intervento statale è astrattamente riconducibile ai principi della concorrenza nel mercato o della concorrenza per il mercato o ad entrambi ? Almeno per gli appalti sottosoglia è prevista la competenza esclusiva regionale? Le leggi regionali possono imporre diverse modalità di presentazione delle cauzioni provvisorie e definitive rispetto a quanto sancito dagli artt. 75 e 113? bisognerà aspettare l'esito dei ricorsi della Presidenza del Consiglio dei Ministri avverso le Leggi regionali appena emanate per sapere della loro presunta illegittimità costituzionale?

Il ricorso alla Corte Costituzionale da parte delle Regioni Toscana e Veneto, della Provincia autonoma di Trento e delle Regioni Piemonte, Lazio e Abruzzo ad alcuni articoli del codice dei contratti (dlgs. 163/2006 smi) porta alla dichiarata anticostituzionalità dell' art. 5, c.2, dlgs. 163/2006 limitatamente alle parole "province autonome"; dell' art. 84, commi 2, 3, 8 e 9 dlgs. 163/2006 (composizione della Commissione giudicatrice e alle modalità di scelta dei suoi componenti) 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 rispetto ad una divergente normativa regionale che abbia già diversamente disposto o che disponga per l'avvenire ; art. 98, comma 2 : risulta quindi confermata la competenza statale in quanto deve, infatti, rilevarsi che –

avendo riguardo al fine perseguito dal legislatore statale, di assicurare che le procedure di gara si svolgano nel rispetto delle regole concorrenziali poste a presidio dei principi della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi, della libertà di stabilimento, nonché dei principi della trasparenza e della parità di trattamento – le procedure di qualificazione e selezione dei concorrenti, le procedure di affidamento (esclusi i profili attinenti all'organizzazione amministrativa), i criteri di aggiudicazione, ivi compresi quelli che devono presiedere all'attività di progettazione ed alla formazione dei piani di sicurezza, nonché i poteri di vigilanza sul mercato degli appalti, rientrano nell'ambito della tutela della concorrenza di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.

Con particolare riferimento al subappalto, incluso anch'esso nell'ambito applicativo della norma in esame, deve rilevarsi che lo stesso costituisce un istituto tipico del rapporto di appalto, come tale

disciplinato dal codice civile (art. 1656) e inquadrabile nell'ambito dei contratti di derivazione. Sebbene caratterizzato da elementi di sicura matrice pubblicistica, detto istituto conserva la sua natura privatistica e rientra nell'ambito materiale dell'ordinamento civile. Nondimeno, esso, per taluni profili non secondari, assolve anche ad una funzione di garanzia della concorrenzialità nel mercato e quindi, anche per questo aspetto, appartiene alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.

(Corte Costituzionale con la sentenza numero 401 del 23 novembre 2007)

A cura di Sonia Lazzini