

Brevi note sui profili problematici della ripartizione di competenza in “materia” di contratti pubblici. Commento a Corte costituzionale , sentenza n. 283/2009

Autore: Immordino Dario

In: Diritto amministrativo

L'intera disciplina delle procedure ad evidenza pubblica è riconducibile alla tutela della concorrenza, con la conseguente titolarità della potestà legislativa, in via esclusiva, allo Stato. Di conseguenza alle Regioni non è consentito adottare una disciplina relativa alle procedure ad evidenza pubblica, neppure quando essa miri a garantire un livello di concorrenza più elevato rispetto a quello statale.

Quella della ripartizione di competenza in materia di contratti pubblici costituisce una delle problematiche più spinose del nuovo ordine costituzionale introdotto dalla riforma del 2001

La tematica assume connotati di notevole complessità anche a causa del fatto che la relativa regolamentazione giuridica postula una delicata opera di composizione di fondamentali esigenze e valori, quali quelli concernenti la tutela della concorrenza, la garanzia dell'uniformità della disciplina e la tutela ambientale.

Oltre a ciò va considerato che alla delineazione del relativo assetto normativo concorrono fonti di matrice comunitaria, statale e regionale, secondo lo schema tipico della multilevel governance.

Sul versante interno, in assenza di precisi confini alle competenze dei diversi livelli di governo, o quantomeno di un indice affidabile di individuazione, l'instabilità degli equilibri istituzionali, resi precari e fluttuanti dalla travagliata dinamica dei processi di ripartizione delle competenze tra Stato e regioni, ha determinato un notevole incremento del contenzioso costituzionale.

Nel nuovo assetto costituzionale, infatti, la materia dei lavori pubblici non risulta inserita in alcuno degli elenchi di competenze contenuti nell'art. 117, motivo per cui, in linea teorica, la stessa - quale materia innominata - potrebbe ricondursi alla competenza regionale residuale.

Una simile costruzione ermeneutica, tuttavia, non ha trovato il conforto della giurisprudenza costituzionale, la quale, in occasione della sentenza n. 370 del 2003, ha al contrario rilevato che “la sola circostanza che un determinato oggetto di disciplina normativa non sia immediatamente riferibile ad una delle materie elencate nei commi 2 e 3 dell'art. 117 Cost., non è sufficiente - aveva sottolineato la Consulta - per ricomprenderlo in toto nell'ambito delle competenze residuali delle regioni” (Cfr sentenza n. 370/2003).

Ciò perchè “limitare l'attività unificante dello Stato alle sole materie espressamente attribuitegli in potestà esclusiva o alla determinazione dei principi nelle materie di potestà concorrente, vorrebbe anche dire svalutare oltremisura istanze unitarie che pure in assetti costituzionali fortemente pervasi da un pluralismo istituzionale giustificano una deroga alla normale ripartizione delle competenze”.

Con specifico riferimento ai “lavori pubblici” la Corte, richiamando le considerazioni svolte nella precedente sentenza n. 303 del 2003, ha rilevato come la mancata inclusione nell' elencazione dell'art. 117 Cost. non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni, trattandosi, al contrario, di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma che si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato, ovvero a potestà legislative concorrenti.

A complicare ulteriormente la definizione dell'assetto del suddetto ambito di legislazione contribuisce l'operare del principio di sussidiarietà, in base al quale istanze unitarie possono legittimare deroghe alla normale ripartizione delle competenze. Nel caso dei lavori pubblici l'attrazione di competenza al livello statale può giustificarsi, ad esempio, in relazione all'esigenza di garantire l' uniformità delle regole tecniche di talune costruzioni, la tutela della concorrenza negli appalti, la vigilanza da parte dell'Autorità di settore.

In sostanza i lavori pubblici possono essere ricondotti nell'ambito di materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato, ovvero concorrente, ovvero ancora residuale (regionale), in ragione dei profili che di volta in volta vengono in considerazione.

Con la sentenza n. 401 del 2007 tale impostazione viene estesa “all'intera attività contrattuale della pubblica amministrazione” qualificata non come materia a sé stante, ma piuttosto quale “attività che inerisce alle singole materia nelle quali si esplica”.

In questo ordine di idee la perimetrazione delle sfere materiali di competenza non può essere determinata avendo riguardo esclusivamente alla natura del soggetto che indice la gara o al quale è riferibile un determinato bene o servizio, ma piuttosto attraverso la riconduzione del contenuto delle norme negli ambiti materiali indicati dall'art. 117 Cost.

Né al fine dell'individuazione dell'ambito materiale della tutela della concorrenza, può assumere rilievo la distinzione tra contratti sopra-soglia e sotto-soglia, poiché tale materia «trascende ogni rigida e

aprioristica applicazione di regole predeterminate dal solo riferimento, come nella specie, 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 statale».

Anche in relazione a tali fattispecie infatti si impone - seppur secondo forme e modalità differenti - il rispetto dei principi fondamentali di matrice comunitaria strumentali a consentire l'esercizio di un potere conforme, tra l'altro, ai canoni della parità di trattamento, della trasparenza e della pubblicità, al fine di garantire un assetto concorrenziale del mercato. Ciò implica che la distinzione tra contratti sotto-soglia e sopra-soglia non può essere, di per sé, invocata quale utile criterio ai fini della individuazione dello stesso ambito materiale della tutela della concorrenza. (Cfr sentenza Corte costituzionale 22 maggio 2009, n. 160)

Gli effetti principali di una simile impostazione ermeneutica sono l'abbandono definitivo di categorie in precedenza utilizzate ai fini del riparto di competenze tra Stato e regioni: il criterio soggettivo,

quello dell'interesse (nazionale o regionale) e quello della soglia di valore degli appalti, e l'attribuzione pressoché integrale, alla legislazione esclusiva statale della disciplina dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione.

Sulla base di tali premesse, nella soluzione delle questioni di legittimità costituzionale di volta in volta sottoposte alla sua valutazione, la Consulta ha proceduto ad individuare gli ambiti materiali di competenza statale e regionale in relazione sia alla fase procedimentale che precede la stipulazione del contratto di appalto sia alla fase successiva inerente all'attuazione del rapporto contrattuale.

Nella rilevata prospettiva dogmatica

il Giudice delle leggi ha ritenuto legittimo il disposto dell'art. 4, co. 3 del Codice dei contratti pubblici, in base al quale le regioni - nemmeno quando si tratti di disciplinare la propria attività contrattuale destinata ad esplicarsi su materie oggetto della competenza regionale residuale - "possono prevedere una disciplina diversa da quella del codice in relazione: alla qualificazione e selezione dei concorrenti; alle procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa; ai criteri di aggiudicazione; al subappalto; ai poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; alle attività di progettazione e ai piani di sicurezza; alla stipulazione e all'esecuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell'esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative; al contenzioso. Ciò sull'assunto della riconducibilità di ognuno di tali ambiti alla potestà esclusiva del legislatore statale ai sensi dell'art. 117, comma 2, Cost., relativa rispettivamente alla giurisdizione (contenzioso in materia di appalti), all'ordinamento civile (subappalto, stipulazione, esecuzione dei contratti), concorrenza (tutti gli altri ambiti menzionati nella disposizione citata).

Con riferimento alla procedura di evidenza pubblica, la Corte, ha affermato che, in relazione a tale momento procedimentale, il titolo di legittimazione prevalente che viene in rilievo è costituito dalla tutela della concorrenza, di competenza legislativa esclusiva statale ex art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. si tratta di materia di carattere trasversale, che si concretizza nell'esigenza "di assicurare l'adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza".

A tale ambito materiale sono riconducibili 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, i poteri di vigilanza sul mercato degli appalti, il subappalto.

La fase negoziale che ha inizio con la stipulazione del contratto viene invece ricondotta alla competenza statale in materia di ordinamento civile (articolo 117, comma 2, lett. l). In tale fase, che ricomprende l'intera disciplina di esecuzione del rapporto contrattuale, incluso l'istituto del collaudo - l'amministrazione si pone in una posizione di tendenziale parità con la controparte ed agisce non nell'esercizio di poteri amministrativi, bensì nell'esercizio della propria autonomia negoziale;

L'ultimo ambito materiale isolato dalla Corte è quello relativo alla giurisdizione e alla giustizia amministrativa (articolo 117, comma 2, lett. l), cui è riconducibile la disciplina del contenzioso.

In sostanza, l'intera fase pubblicistica della procedura di affidamento viene ricondotta alla materia della tutela della concorrenza, di cui viene data una interpretazione evolutiva e dinamica.

Il fondamento di una simile impostazione riposa sull'assunto che l'esigenza di garantire la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore - in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, e a quelli costituzionali di cui all'art. 97 Cost - rende necessaria l'adozione di "uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza".

Ciò fa sì che nello specifico settore degli appalti la materia della tutela della concorrenza, nella parte in cui essa è volta ad assicurare procedure di garanzia, assuma contenuto e consistenza tali da determinare la prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa.

Ne consegue 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. In questa prospettiva, le singole Regioni sono legittimate a regolare, da un lato, quelle fasi procedimentali che afferiscono a materie di propria competenza; dall'altro, i singoli settori oggetto della predetta procedura e rientranti anch'essi in ambiti materiali di pertinenza regionale. (Cfr sentenza 22 maggio 2009, n. 160).

In questo contesto si colloca la sentenza n. 283 del 2009 della Corte costituzionale.

La pronuncia origina da una questione di legittimità costituzionale dell'articolo 5, comma 2, e degli articoli 6, 7, 8 e 16 della legge della Regione Puglia 10 giugno 2008, n. 14 (Misure a sostegno della qualità delle opere di architettura e di trasformazione del territorio), proposta dal Presidente del Consiglio dei Ministri per contrasto con gli artt. 114 e 117, secondo comma, lettere e) e l), della Costituzione.

La legge regionale, al fine di migliorare la qualità urbana, la bellezza degli insediamenti e la salvaguardia e valorizzazione dei paesaggi, ha provveduto, tra l'altro, a disciplinare «le modalità di espletamento dei concorsi di idee e dei concorsi di progettazione per l'affidamento di incarichi il cui importo stimato sia inferiore al limite posto dalla legislazione statale per l'affidamento fiduciario e che pertanto non sono specificatamente regolati dalla medesima» (art. 5, comma 2).

Ad avviso del ricorrente, le disposizioni impugnate, ricadendo negli ambiti materiali della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile, riconducibili alla potestà legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, secondo comma, lettere e) e l), Cost.), non avrebbero potuto essere adottate dalla Regione, esulando dalla sua potestà legislativa.

Nell'accogliere le censure formulate dal ricorrente, la Corte conferma ed anzi consolida l'impianto del codice dei contratti pubblici, e il riparto delle competenze legislative e regolamentari ivi previsto, ponendo un «freno» al regionalismo, sull'assunto che quanto più si acconsente a regole di dettaglio esterne al codice dei contratti, tanto più aumenta il rischio della elusione e violazione della concorrenza.

In merito il Giudice delle leggi, sulla scorta dell'orientamento sopra richiamato, ribadisce che la tutela della concorrenza «per sua natura, non può tollerare differenziazioni territoriali, che finirebbero per limitare, o addirittura neutralizzare, gli effetti delle norme di garanzia» (sentenza n. 443 del 2007), motivo per cui alle Regioni non è consentito adottare una disciplina relativa alle procedure ad evidenza pubblica, neppure quando essa miri a garantire un livello di concorrenza più elevato rispetto a quello statale.

Considerato che, in virtù del carattere trasversale della tutela della concorrenza, tale competenza, può influire anche su materie attribuite alla potestà, concorrente o residuale, delle regioni, la giurisprudenza costituzionale ammette che, al fine di evitare che siano vanificate le competenze di queste ultime, norme regionali riconducibili a queste competenze possano avere effetti pro concorrenziali. Purché, però, 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.

In conseguenza di ciò le disposizioni della legge regionale sui concorsi di idee e di progettazione concernenti i contratti sotto-soglia impugnate dal Presidente del Consiglio devono ritenersi poste in essere in violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.

Illegittime vengono ritenute anche le disposizioni contenute nell'art. 8, comma 1, della citata legge regionale, che prevedono che «ai concorsi di progettazione banditi da privati, o comunque da soggetti non tenuti al rispetto della legislazione statale in materia di contratti pubblici di lavori e servizi, oltre alle disposizioni di cui agli artt. 5 e 6, si applicano le ulteriori prescrizioni di cui al presente articolo». Le disposizioni impugnate

stabiliscono inoltre che il bando deve richiedere che «il progetto sia accompagnato da una dettagliata relazione a firma del progettista che asseveri ai sensi di legge la conformità delle opere da realizzare agli strumenti urbanistici adottati o approvati» ed «un elaborato che documenti il principio dell'accessibilità quale criterio progettuale». Il legislatore regionale dispone altresì che «in caso di concorsi a procedura ristretta il numero non può essere inferiore a sei».

La dichiarazione di illegittimità si collega all'orientamento della giurisprudenza costituzionale 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.

In ragione di ciò l'attività esercitata dalla p.a. in questa fase viene ricondotta alla materia dell'«ordinamento civile» (art. 117, c. 2, lett. l), a carattere prettamente negoziale, in relazione alla quale vale la medesima esigenza della uniformità della disciplina che si impone nella fase cd pubblicistica in funzione del rispetto dei principi di tutela della concorrenza.

La materia dell'«ordinamento civile» in specie comprende l'intera disciplina di esecuzione del rapporto contrattuale, ovvero 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.».

In relazione a tale ambito materiale 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.

In considerazione di ciò la dichiarazione di illegittimità consegue alla constatazione che la disposizione impugnata obbliga soggetti privati esclusi dall'applicazione del codice dei contratti pubblici a seguire la procedura concernente i concorsi di progettazione e sconfinava nell'area «esclusa dalle prerogative legislative regionali caratterizzata dagli “aspetti afferenti a rapporti che presentano prevalentemente natura privatistica”», la quale va ricondotta all'ambito materiale dell'ordinamento civile (art. 117, secondo comma, lettera l), Cost.).

I privati quindi non hanno la possibilità di aderire volontariamente alla procedura prevista, ma sono obbligati a far uso della stessa, nel rispetto di tutte le prescrizioni poste dalla disposizione censurata. Né vi è un collegamento tra la procedura di cui all'art. 8 della legge regionale ed il meccanismo premiale di cui al successivo art. 10. Ne consegue che tale normativa introduce una limitazione dell'autonomia privata.

Dario Immordino

Dottore di ricerca in Diritto comunitario e interno Università di Palermo

<https://www.diritto.it/brevi-note-sui-profili-problematici-della-ripartizione-di-competenza-in-materia-di-contratti-pubblici-commento-a-corte-costituzionale-sentenza-n-2832009/>