

**Sentenza:** n. 401 del 23 Novembre 2007

**Materia:** contratti pubblici

**Giudizio:** legittimità costituzionale in via principale

**Limiti violati:** artt. 76, 97, 117 e 118 Cost. e principio di leale collaborazione; artt. 11 e 16 Statuto speciale per il Trentino Alto Adige, DPR 381/1974 e artt. 2 e 4 d. Lgs. 266/1992; art. 117 co. 3, 4, 6 in combinato disposto con l'art. 10 L.Cost. 3/2003;

**Ricorrenti:** Regione Toscana, Regione Veneto, Provincia autonoma di Trento, Regione Piemonte, Regione Lazio e Regione Abruzzo

**Oggetto:** D. lgs. 12 aprile 2006, n. 12 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE): articoli vari, richiamati nella nota di sintesi.

**Esito:** fondatezza delle questioni relative agli articoli 5 co. 2, 84 co. 2, 3, 8 e 9, 98 co. 2; infondatezza e inammissibilità di tutte le altre questioni sollevate.

**Estensore nota:** Alessandra Cecconi

Con la sentenza in esame la Corte Costituzionale si pronuncia sui ricorsi presentati dalle Regioni in epigrafe indicate avverso numerose disposizioni del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, approvato con D. Lgs. n. 163/2006.

Prima di procedere all'esame delle complesse e numerose censure prospettate dalle ricorrenti, in parte di identico contenuto, la Corte ricostruisce sinteticamente l'iter normativo che ha portato all'emanazione del Codice e formula una considerazione preliminare e generale che costituisce premessa di metodo per la valutazione delle impugnazioni proposte.

Richiamandosi alla precedente sentenza n. 303/2003, la Corte afferma che la materia contrattuale - per la molteplicità degli interessi perseguiti e degli oggetti implicati - non è riferibile ad un unico ambito materiale. L'attività contrattuale dell'amministrazione non può identificarsi in una materia a sé ma rappresenta un'attività che inerisce alle singole materie sulle quali essa si esplica. Pertanto i problemi di costituzionalità oggetto dei ricorsi devono essere esaminati tenendo conto del contenuto precettivo delle singole disposizioni impugnate, al fine di stabilire quali siano gli ambiti di materia in cui esse trovano collocazione. La Corte esclude che possa assumere rilievo ai fini della determinazione del riparto di competenze, il profilo soggettivo (per cui la competenza tra Stato e Regione non deve essere determinata

in relazione al soggetto che indice la gara o al quale è riferibile un determinato bene o servizio).

Posta questa premessa di metodo la Corte procede all'esame dei singoli motivi di ricorso, in primo luogo con riferimento all'articolo 4 comma 2 del Codice. Tale norma stabilisce che le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, nelle materie di competenza concorrente esercitano la potestà normativa nel rispetto dei principi fondamentali contenuti nel Codice, "in particolare in tema di programmazione lavori pubblici, approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi, organizzazione amministrativa, compiti e requisiti del responsabile del procedimento".

Le ricorrenti sostengono che tali specifici settori rientrerebbero nella potestà legislativa residuale delle Regioni, con conseguente violazione dell'articolo 117 Cost.

La Corte rileva che il comma impugnato contiene in realtà due norme: una fa riferimento alla potestà legislativa statale di stabilire i principi fondamentali nella materie disciplinate dal Codice; l'altra fa riferimento "in particolare" ad una serie specifica di settori, come sopra richiamati .

La previsione contenuta nella prima parte del comma è pienamente legittima in quanto è incontestabile che spetti allo Stato il potere di dettare i principi nelle materie oggetto di competenza concorrente. Relativamente alla seconda parte ed all'elenco dei settori in cui "in particolare" le Regioni devono osservare i principi del Codice, la Corte respinge tutte le censure dopo aver esaminato puntualmente i singoli settori elencati.

Con riguardo alla programmazione dei lavori pubblici, afferma che tale attività non costituisce materia a sé stante e "segue il regime giuridico proprio delle relative opere, le quali possono rientrare, a seconda dei casi, in settori di competenza esclusiva statale o residuale delle Regioni ovvero ripartita tra Stato e Regioni". Ciò posto, alla luce del suo contenuto precettivo, la norma impugnata deve intendersi riferita all'attività di programmazione di opere pubbliche che rientrano in una delle materie oggetto di potestà concorrente ex art. 117 comma 3 Cost. e così interpretata è esente da censure.

Analoghe conclusioni valgono per l'approvazione di progetti a fini urbanistici ed espropriativi, che la Corte riconduce alla materia concorrente del governo del territorio (art. 117 comma 3 Cost.).

Del pari respinte sono le censure relative all'inserimento nell'elenco del comma 2 dei settori "organizzazione amministrativa" e "compiti e requisiti del responsabile del procedimento". In relazione a tali settori si esclude la violazione delle prerogative regionali considerando che il riferimento deve essere interpretato all'organizzazione amministrativa strettamente attinente e strumentale alla realizzazione di opere pubbliche o di forniture e servizi (sempre in procedimenti che appartengono alla competenza ripartita Stato-Regioni).

In relazione all'articolo 4 comma 3 - che individua i settori di competenza esclusiva statale - le ricorrenti sostengono che alcune delle materie ivi elencate sarebbero invece da ricondurre, ai sensi dell'articolo 117 Cost., alla competenza concorrente o addirittura residuale delle Regioni.

Al riguardo la Corte afferma, invece, la piena legittimità della scelta operata dal legislatore statale, ritenendo corretta la competenza esclusiva dello Stato, con la conseguenza che - secondo il disposto dello stesso articolo 4 comma 3 - le Regioni non possono prevedere, nelle materie elencate, una disciplina diversa da quella dettata dal Codice.

In particolare, secondo la Corte, le disposizioni del Codice su "qualificazione e selezione dei concorrenti, procedure di affidamento (esclusi i profili di organizzazione amministrativa), criteri di aggiudicazione (ivi compresi quelli che devono presiedere all'attività di progettazione e formazione dei piani di sicurezza) nonché sui poteri di vigilanza sul mercato degli appalti", sono norme che - secondo lo schema classico (confermato anche in questa sede) che distingue nell'attività contrattuale delle amministrazioni una fase ad evidenza pubblica di carattere procedimentale ed una fase privatistica che segue le regole del diritto civile - attengono alla fase di evidenza pubblica. Le stesse sono pertanto ricondotte alla potestà esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza (art. 117 co. 2 lett. e) Cost.).

Con riguardo alle ulteriori materie elencate dall'articolo 4 co. 3 come di competenza esclusiva statale, e precisamente: "stipulazione ed esecuzione dei contratti, ivi comprese direzione dell'esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo (ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità)", la Corte afferma che le relative disposizioni sono afferenti alla fase cd. negoziale, privatistica dell'attività contrattuale dell'amministrazione e pertanto debbono essere ricondotte alla materia "ordinamento civile" (art. 117 co. 2 lett. l) Cost.) di competenza esclusiva statale.

Anche in relazione al subappalto la Corte ritiene legittima la scelta compiuta nel Codice in favore della competenza esclusiva statale. A fondamento di tale giudizio, infatti, rileva come, da un lato, il subappalto costituisce un istituto tipico del rapporto di appalto disciplinato dal codice civile (art. 1656), inquadrabile nell'ambito dei contratti di derivazione e che conserva la sua natura privatistica e rientra nella materia "ordinamento civile"; dall'altro lato la Corte ritiene comunque di individuare in taluni aspetti della disciplina del subappalto una funzione di garanzia della concorrenzialità nel mercato e quindi anche per questo motivo, ne fa derivare la "sicura spettanza della potestà legislativa esclusiva dello Stato".

Nessun dubbio di legittimità sorge per il settore "contenzioso" che rientra nella competenza statale esclusiva in quanto afferente alla materia giurisdizione e giustizia amministrativa.

Ulteriori profili di illegittimità prospettati riguardano l'attività di progettazione (art. 4 comma 3 codice), nonché le disposizioni che disciplinano puntualmente i livelli di progettazione e la verifica dei progetti (artt. 93 e 112 codice). Sul punto la Corte afferma che la previsione di criteri uniformi dettati dal legislatore statale è essenziale per assicurare su tutto il territorio nazionale parità di trattamento e non discriminazione per i partecipanti alle gare. Tale esigenza consente di ricondurre la disciplina alla competenza esclusiva dello Stato nell'ambito della tutela della concorrenza.

Le stesse considerazioni vengono fatte per i piani di sicurezza anche con riferimento alla norma contenuta nell'articolo 131 del Codice che prevede il potere del Governo di emanare norme regolamentari relative ai criteri di predisposizione dei piani di sicurezza. La norma è impugnata dalla Regione Toscana sul presupposto che la materia rientra nell'ambito della potestà legislativa concorrente (sicurezza sul lavoro) e che pertanto non può ritenersi legittima l'emanazione di un regolamento governativo.

La Corte respinge le censure affermando che tale disposizione attribuisce al Governo unicamente il potere di emanare disposizioni regolamentari relative ai criteri per la predisposizione dei piani di sicurezza, che sono essenziali per assicurare l'uniformità di trattamento dei partecipanti alla gara e dunque i principi della tutela della concorrenza. Trattandosi di competenza esclusiva statale, è del tutto legittima la previsione del corrispondente potere regolamentare.

La sentenza conferma inoltre che è legittima ed in linea con l'articolo 117 Cost. la previsione dell'articolo 5 del Codice che attribuisce allo Stato la potestà regolamentare nelle materie di competenza esclusiva (previsione censurata da alcune Regioni) anche nella materie cd. trasversali, come la tutela della concorrenza.

Ulteriori censure sono rivolte all'articolo 5 del Codice, relativamente al regolamento esecutivo ed ai capitoli.

Con riferimento al comma 1, la Regione Veneto contesta la possibilità di adottare regolamenti in attuazione di direttive comunitarie, mancando nella legge comunitaria n. 62/2005 una espressa previsione in tal senso e non trovando la deroga a questo principio fondamento nei criteri direttivi della legge delega per l'adozione del Codice. La questione è ritenuta infondata in quanto il potere dello Stato di emanare regolamenti nelle materie di competenza esclusiva discende direttamente dalla Costituzione, cosicché non rileva la mancanza nelle norme deleganti di uno specifico criterio direttivo al riguardo.

Con riguardo al comma 2 la Regione Veneto sostiene da un lato l'illegittimità della disposizione laddove prevede che il regolamento indichi quali disposizioni esecutive o attuative del codice rientrano in ambiti di legislazione esclusiva statale e sono pertanto applicabili alle Regioni e Province autonome; assume la ricorrente che non può essere una norma di

grado regolamentare a stabilire quali norme si applicano alle Regioni. La censura è peraltro ritenuta inammissibile sulla base della considerazione che l'articolo 5 non ha carattere precettivo ma ricognitivo, con la conseguenza che non è quindi configurabile una lesione delle competenze regionali. Tale lesione potrà eventualmente sorgere solo ove lo Stato, nel regolamento, dovesse esorbitare dagli ambiti materiali di sua competenza.

Sempre con riferimento al comma 2 dell'articolo 5, viene invece accolta l'impugnazione della Provincia autonoma di Trento, dichiarando l'illegittimità del comma nella parte in cui rende applicabile anche alle province autonome le norme regolamentari relative ai settori indicati nell'art. 4 comma 3.

L'articolo 5 è poi impugnato nei commi 7 (che attribuisce alla stazioni appaltanti la facoltà di adottare capitolati speciali nel rispetto del codice e del relativo regolamento di attuazione, capitolati che menzionati nel bando o nell'invito costituiscono parte integrante del contratto) e 9 (che prevede la facoltà per le stazioni appaltanti diverse dalle amministrazioni statali di richiamare nei bandi o negli inviti il capitolato generale dei lavori pubblici, da approvare con decreto ministeriale). La Regione Veneto ritiene tali previsioni in contrasto con l'art. 117 commi 3 e 4 Cost., in quanto lederebbero la competenza legislativa della Regione sui lavori pubblici di interesse regionale e sulla organizzazione propria e degli enti dipendenti.

Anche in questo caso la questione è ritenuta infondata in quanto, secondo la Corte, le disposizioni impugnate non impongono obblighi ma attribuiscono facoltà (di cui, pertanto, le Regioni possono non avvalersi) e dunque non arrecano alcun vulnus alle competenze regionali.

In relazione all'articolo 48 del Codice – che disciplina i controlli in sede di gara sul possesso dei requisiti dei concorrenti, le conseguenze in caso di esito sfavorevole e gli adempimenti dell'amministrazione al riguardo – la Regione Toscana deduce il contrasto con gli articoli 117 e 118 Cost. in quanto una disciplina così dettagliata comporta una ingerenza nella materia "organizzazione amministrativa" di competenza residuale delle Regioni, ingerenza che non trova giustificazione nella necessità di salvaguardare esigenze di carattere unitario.

La censura è, peraltro, ritenuta infondata dalla Corte sulla base di argomentazioni già espresse: la disciplina del procedimento di scelta del contraente riguarda l'effettività della concorrenza tra i partecipanti alla gara e rientra pertanto nell'ambito di competenza esclusiva statale di cui all'articolo 117 comma 2 lett. e).

Quanto detto vale anche per la disciplina dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi dei partecipanti alla gara. In relazione a tale oggetto la Corte afferma anzi essere essenziale l'uniformità di disciplina in ambito nazionale, finalizzata a soddisfare l'esigenza di parità di trattamento e non discriminazione degli offerenti.

Trattandosi di materia di competenza esclusiva, la Corte afferma inoltre la piena legittimità di una disciplina statale di carattere tecnico e dettagliata, respingendo in tal modo l'ulteriore censura di non conformità alla Costituzione proposta dalla Regione Toscana.

La disciplina in materia di termini minimi per la partecipazione alle procedure e di forme di pubblicità – contenuta negli articoli 70-72, 252 co. 3 e 253 co. 10 e 11 - viene censurata dalla Regione Veneto per la natura eccessivamente dettagliata ed analitica, che – in relazione agli appalti sotto soglia - la porrebbe in contrasto con l'articolo 117 co. 2 lett. e) Cost.

Le questioni sollevate sono dichiarate dalla Corte inammissibili in quanto la ricorrente, a fronte di norme di contenuto ampio ed eterogeneo, non ha indicato in modo specifico quali non rispettavano i limiti di proporzionalità e adeguatezza. Aggiunge comunque che, trattandosi di disposizioni relative al procedimento di scelta del contraente, sono riconducibili alla tutela della concorrenza e alla competenza esclusiva statale.

Relativamente alle disposizioni in materia di garanzie e di approvazione dello schema di polizza tipo con decreto ministeriale (articoli 75, 113 e 252 co. 6), le ricorrenti censurano, in particolare, la previsione del co. 1 art. 75. Detta disposizione, fissando la cauzione a corredo dell'offerta nella misura del 2%, non consentirebbe alle Regioni di modulare la richiesta di cauzione e sarebbe lesiva della competenza legislativa residuale in materia di organizzazione amministrativa regionale. La questione è ritenuta infondata perché la prestazione di garanzia a corredo dell'offerta si iscrive nella fase di individuazione del contraente, la cui disciplina tende a garantire la competitività e concorrenzialità delle imprese nel mercato.

Per quanto concerne invece le censure relative all'articolo 113 del codice (in materia di garanzie di esecuzione del contratto e coperture assicurative) le censure sono ritenute infondate in quanto la norma si inserisce nella parte del Codice che disciplina l'esecuzione del contratto: la stessa rientra pertanto nella competenza esclusiva statale in materia di ordinamento civile. In particolare si tratta di disposizioni che attengono alla regolamentazione civilistica di aspetti afferenti il vincolo negoziale i quali devono necessariamente ricevere un trattamento uniforme su tutto il territorio nazionale.

A quanto affermato consegue inevitabilmente, e per le stesse considerazioni, che è competenza statale l'approvazione di schemi di polizza tipo, trattandosi anche in questo caso di disciplinare una fase dell'esecuzione del contratto.

In relazione all'articolo 84 (commissione giudicatrice per aggiudicazioni con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa), la Regione Toscana censura i commi che disciplinano la composizione e le modalità di nomina dei componenti affermando che la disciplina dettagliata posta dal Codice non trova giustificazione in esigenze unitarie né appare riconducibile alla tutela della concorrenza, cosicché la disciplina

contenuta nei commi impugnati sarebbe in contrasto con gli articoli 117 e 118 Cost.; la regolamentazione di tali aspetti deve piuttosto essere ricondotta nell'ambito organizzativo delle singole stazioni appaltanti consentendo di modulare la composizione della commissione tenendo conto della complessità dell'oggetto della gara e del suo importo.

La censura è ritenuta fondata.

La Corte da un lato precisa che pur trattandosi di disposizione che si inserisce nella fase di scelta del contraente, la stessa non può essere ricondotta alla competenza statale in materia di tutela della concorrenza: le esigenze di salvaguardia della competitività del mercato si possono avere, infatti, solo per le norme relative alla individuazione dei concorrenti che – in assenza di una disciplina unitaria – potrebbero comportare una minore o maggiore possibilità di accesso al mercato delle imprese o incidere sulla parità di trattamento. Dall'altro lato la Corte evidenzia che le disposizioni censurate sono preordinate a fini diversi ed attengono alla organizzazione amministrativa delle stazioni appaltanti, cosicché non può essere esclusa la competenza delle Regioni nella disciplina di tali aspetti. Da qui la dichiarazione di illegittimità degli impugnati commi dell'articolo 84 nella parte in cui, per i contratti afferenti a settori di competenza regionale, non prevedono che essi abbiano carattere suppletivo e cedevole rispetto ad una diversa normativa regionale che diversamente disponga.

La Regione Toscana impugna inoltre l'articolo 88 (procedimento di verifica ed esclusione delle offerte anormalmente basse) sostenendo la violazione del riparto di competenze costituzionalmente sancito in quanto la disciplina dettagliata del procedimento di verifica dell'anomalia attiene all'organizzazione amministrativa delle stazioni appaltanti e non presenta profili di rilevanza ai fini della tutela della concorrenza.

La censura viene respinta in quanto infondata: la Corte rileva infatti come la norma in esame rappresenta un adeguamento del diritto interno al diritto comunitario: essa - attraverso un procedimento complesso in contraddittorio e non consentendo la possibilità di esclusioni automatiche - persegue l'obiettivo di favorire la più ampia partecipazione degli operatori alle procedure di gara e legittima l'intervento del legislatore statale.

La Regione Veneto impugna il comma 2 dell'articolo 98 il quale - nell'ambito della finalità di accelerazione della realizzazione di infrastrutture tese a migliorare la qualità dell'aria e dell'ambiente nelle città - prevede che l'approvazione dei progetti definitivi da parte del Consiglio comunale costituisce variante urbanistica a tutti gli effetti. La disposizione è censurata in quanto esprime una regola inderogabile pur riguardando la materia concorrente del governo del territorio, in relazione alla quale lo Stato può solo porre dei principi.

La censura è condivisa dalla Corte la quale - pur rilevando che la disposizione impugnata presenta, per le finalità perseguite, attinenza

anche con la materia dell'ambiente – ritiene che essa afferisca prevalentemente alla materia concorrente del governo del territorio, con la conseguenza che lo Stato può solo dettare principi ed è illegittima una previsione che non lascia alcuno spazio di intervento alle Regioni.

Ulteriore impugnazione è proposta dalla Regione Toscana con riguardo agli articoli 121 co. 1, 122 co. 2, 3, 5, e 6 e 124 co. 2, 5 e 6: si tratta di norme, collocate nel titolo II del codice che riguardano i contratti sotto soglia comunitaria.

Le censure sollevate sono analoghe: in particolare secondo la ricorrente, il disposto dell'articolo 121 (che prevede l'applicazione a tali contratti delle norme dettate dalla parte I, IV e V del Codice in quanto non derogate espressamente) determinerebbe una sostanziale assimilazione dei contratti sotto soglia a quelli sopra soglia non giustificata, dato il ridotto valore dei contratti, da esigenze di tutela della concorrenza e non rispondente ai principi di proporzionalità ed adeguatezza. Si pensi a titolo esemplificativo all'obbligo di acquisire la cauzione in qualunque procedura e al procedimento di verifica delle offerte anomale.

Nell'esame delle doglianze, viene richiamato l'orientamento della Corte di giustizia e la stessa direttiva CE/18/2004, secondo cui anche i contratti sotto soglia devono rispettare i principi fondamentali del Trattato: su questa base, la Corte afferma che la distinzione tra contratti sopra e sotto soglia non può costituire di per sé parametro per escludere che sussistano esigenze di tutela della concorrenza.

Tali esigenze prescindono, quindi, dal mero riferimento al valore del contratto, dovendosi verificare caso per caso se anche per contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria possa giustificarsi un intervento unitario da parte del legislatore statale.

Posta questa premessa, le censure relative agli articoli 122 e 124 sono ritenute infondate. Si tratta di disposizioni concernenti le forme di pubblicità dei contratti, dirette a garantire la massima conoscenza e partecipazione degli interessati, e conseguentemente l'effettiva concorrenzialità. Vengono quindi ravvisati i presupposti per l'intervento legislativo statale ai sensi dell'articolo 117 co. 2 lett. e) Cost.

L'impugnazione dell'articolo 121 è, invece ritenuta inammissibile per genericità delle doglianze prospettate.

Infondate sono poi ritenute le censure, prospettate dalla Regione Veneto, in ordine all'articolo 253 (norme transitorie) nella parte in cui prevede che fino all'adozione del regolamento di attuazione del Codice e del nuovo capitolato generale dei lavori, continuino ad applicarsi le vigenti disposizioni regolamentari. Secondo la ricorrente tali disposizioni, rinviando alla disciplina regolamentare statale anche per lavori pubblici di interesse regionale, violerebbero l'articolo 117 co. 2, 3, 4 e 5 nonché l'articolo 118 Cost..

Sul punto la Corte precisa che le norme adottate anteriormente alla modifica del titolo V della Costituzione non sono di per sé illegittime ma mantengono la loro validità fino al momento in cui non vengano sostituite da nuove norme dettate dall'autorità dotata di competenza in base al nuovo assetto. Pertanto è legittimo il richiamo operato dal Codice alle norme regolamentari vigenti al fine di sancirne la perdurante validità fino all'adozione del nuovo regolamento e capitolato generale (che dovranno essere emanati

La Regione Veneto impugna anche l'articolo 53 del Codice nella parte in cui individua in modo tassativo le tipologie contrattuali per l'esecuzione dei lavori pubblici: la disposizione viene ritenuta troppo restrittiva in particolare con riguardo ai contratti sotto soglia.

La Corte peraltro respinge la censura affermando che la norma si colloca nell'ambito della materia ordinamento civile, di competenza esclusiva statale, e spetta quindi allo Stato individuare in modo uniforme per tutto il territorio nazionale il tipo contrattuale da utilizzare (tale uniformità è inoltre funzionale ad assicurare il rispetto dei principi sottesi alla competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza).

Del pari infondata è l'impugnazione dell'articolo 130 nella parte in cui prevede che la direzione lavori sia affidata con le procedure previste dal Codice per gli incarichi di progettazione. La Corte rileva infatti che la direzione lavori afferisce alla fase di esecuzione del contratto (essendo diretta a verificare la conformità dei lavori al progetto e al contratto) ed è pertanto riconducibile all'ordinamento civile, di competenza statale esclusiva

Infine le censure relative agli articoli 6, 7, 10, 11, 81-88, 54, 55, 56, 57 62, 118, 120, 122, 125, 132, 141, 153 e 240 relative in parte alla fase di scelta del contraente ed in parte alla fase di esecuzione del contratto sono ritenute inammissibili in quanto genericamente formulate a fronte di norme di contenuto ampio ed eterogeneo e non idonee a dimostrare che lo Stato – in materie afferenti alla tutela della concorrenza e all'ordinamento civile – avrebbe superato i limiti interni dettando norme non rispettose dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità.