

Il codice dei contratti e le normative regionali

[4° aggiornamento]

La circolare della Sicilia: la dottrina. La circolare del Friuli-Venezia Giulia e la normativa regionale successiva al codice. Il parere del Consiglio di Stato sul primo decreto correttivo. Il ricorso costituzionale contro la legge campana.

di LINO BELLAGAMBA

1. Il D.Lgs. 163/2006: art. 4; art. 5, commi da 1 a 5.

Riportiamo, con annotazioni, gli artt. 4 e 5, commi da 1 a 5, del D.Lgs. 163/2006:

*«4. Competenze legislative di Stato, Regioni e Province autonome.
(artt. 1, 3, legge n. 109/1994)*

1. Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano esercitano la potestà normativa nelle materie oggetto del presente codice nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e delle disposizioni relative a materie di competenza esclusiva dello Stato ⁽¹⁾.

2. Relativamente alle materie oggetto di competenza concorrente, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano esercitano la potestà normativa nel rispetto dei principi fondamentali contenuti nelle norme del presente codice, in particolare, in tema di programmazione di lavori pubblici, approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi, organizzazione amministrativa, compiti e requisiti del responsabile del procedimento, sicurezza del lavoro ⁽²⁾.

¹ Regioni e Province autonome legiferano *rispettando l'ordinamento comunitario e la competenza esclusiva dello Stato*.

² Regioni e Province autonome, nelle materie di competenza concorrente, legiferano nel rispetto dei *principi fondamentali del codice*. Costituiscono *materie* di principi fondamentali, quanto meno: 1) *programmazione di lavori pubblici*; 2) *approvazione dei*

3. Le regioni, nel rispetto dell'articolo 117, comma secondo, della Costituzione ⁽³⁾, non possono prevedere una disciplina diversa da quella del presente 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 ⁽⁴⁾. Resta ferma la competenza esclusiva dello Stato a disciplinare i contratti relativi alla tutela dei beni culturali, i contratti nel settore della difesa, i contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza relativi a lavori, servizi, forniture ⁽⁵⁾.

4. Nelle materie di competenza normativa regionale, concorrente o esclusiva, le disposizioni del presente codice si applicano alle regioni nelle quali non sia ancora in vigore la normativa di attuazione e perdono comunque efficacia a decorrere dalla data di entrata in vigore delle normativa di attuazione adottata da ciascuna regione ⁽⁶⁾.

progetti ai fini urbanistici ed espropriativi; 3) organizzazione amministrativa; 4) compiti e requisiti del responsabile del procedimento; 5) sicurezza del lavoro.

³ Si tratta della legislazione esclusiva: «Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: (...) *d) difesa* e Forze armate; *sicurezza* dello Stato; (...) *e) (...) tutela della concorrenza*; (...) *h) ordine pubblico e sicurezza*, ad esclusione della polizia amministrativa locale; (...) *s) tutela (...) dei beni culturali*».

⁴ Si tratta di una specificazione del comma 1, in riferimento alle sole regioni, per quanto riguarda la materia «tutela della concorrenza». La normativa statale è quindi vincolante anche per le regioni, per quanto riguarda: *qualificazione e selezione dei concorrenti; procedure di affidamento*, esclusi i profili di organizzazione amministrativa; *criteri di aggiudicazione; subappalto; Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; progettazione e piani di sicurezza; stipulazione ed esecuzione* dei contratti, ivi compresi direzione dell'esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative; *contenzioso*.

⁵ Si tratta sempre di materie ricomprese nella competenza esclusiva.

⁶ Nelle materie non di competenza esclusiva dello Stato, il codice si applica *in via interinale* finché non sia successivamente intervenuta la normativa regionale. Cfr., del resto, la L. 62/1953, art. 10.

Il principio si applica anche per l'eventuale normativa regionale di dettaglio, prevalente al codice, che pure rispetto al codice stesso possa considerarsi non *contra*

5. Le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione ⁽⁷⁾.

5. *Regolamento e capitolati.* ⁽⁸⁾

(art. 3, L. n. 109/1994; art. 6, co. 9, legge n. 537/1993)

1. Lo Stato detta con regolamento la disciplina esecutiva e attuativa del presente codice in relazione ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di amministrazioni ed enti statali e, limitatamente agli aspetti di cui all'articolo 4, comma 3, in relazione ai contratti di ogni altra amministrazione o soggetto equiparato ⁽⁹⁾.

2. Il regolamento indica quali disposizioni, esecutive o attuative di disposizioni rientranti ai sensi dell'articolo 4, comma 3, in ambiti di legislazione statale esclusiva, siano applicabili anche alle regioni e province

legem, bensì praeter legem. Il comma 4 in esame, infatti, prevede *in modo reciso e onnicomprensivo* che «le disposizioni del presente codice si applicano alle Regioni nelle quali non sia ancora in vigore la normativa di attuazione».

⁷ Per le regioni a statuto speciale e per le province autonome – nelle materie non di competenza esclusiva dello Stato – sussiste obbligo di adeguamento ai principi fondamentali del codice, per cui il codice stesso non è mai direttamente applicabile *in via interinale*.

⁸ Cfr. art. 256, comma 4:

«Il regolamento di cui all'articolo 5 elenca le norme abrogate, con decorrenza dall'entrata in vigore del regolamento medesimo, anche in relazione alle disposizioni contenute nei seguenti atti:

- gli articoli 337, 338; 342; 343; 344; 348; 351; 352; 353; 354; 355 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F;
- il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 13 marzo 1999, n. 117;
- il decreto del Presidente della Repubblica 13 marzo 1999, n. 117;
- il decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554;
- il decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34;
- il decreto del Presidente della Repubblica 4 aprile 2002, n. 101;
- il decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti 27 maggio 2005 in tema di qualificazione del contraente generale;
- il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 18 novembre 2005, recante <<affidamento e gestione dei servizi sostitutivi di mensa>>».

⁹ Si tratta delle materie rientranti nella competenza esclusiva dello Stato. Quindi, in queste materie, si riconferma che lo Stato detta la disciplina per «ogni altra amministrazione».

autonome ⁽¹⁰⁾.

3. Fatto salvo il disposto dell'articolo 196 quanto al regolamento per i contratti del genio militare, il regolamento di cui al comma 1 è adottato con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, sentito il Consiglio di Stato, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400.

4. Il regolamento è adottato su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con i Ministri delle politiche comunitarie, dell'ambiente, per i beni culturali e ambientali, delle attività produttive, dell'economia e delle finanze, sentiti i Ministri interessati, e previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici. Sullo schema di regolamento il Consiglio di Stato esprime parere entro quarantacinque giorni dalla data di trasmissione, decorsi i quali il regolamento può essere emanato. Con la procedura di cui al presente comma si provvede altresì alle successive modificazioni e integrazioni del regolamento.

5. Il regolamento, oltre alle materie per le quali è di volta in volta richiamato, detta le disposizioni di attuazione ed esecuzione del presente codice, quanto a ⁽¹¹⁾:

- a) programmazione dei lavori pubblici;
- b) rapporti funzionali tra i soggetti che concorrono alla realizzazione dei lavori, dei servizi e delle forniture, e relative competenze;
- c) competenze del responsabile del procedimento e sanzioni previste a suo carico;
- d) progettazione dei lavori, servizi e forniture, con le annesse normative tecniche;
- e) forme di pubblicità e di conoscibilità degli atti procedurali, nonché procedure di accesso a tali atti;
- f) modalità di istituzione e gestione del sito informatico presso l'Osservatorio;
- g) requisiti soggettivi, certificazioni di qualità, nonché qualificazione degli operatori economici, secondo i criteri stabiliti dal presente codice;
- h) procedure di affidamento dei contratti, ivi compresi gli incarichi di

¹⁰ Mentre l'art. 4, comma 3, fissa il principio della competenza esclusiva, il regolamento avrà una funzione ricognitiva in tal senso.

¹¹ Si tratta di una ulteriore specificazione dell'art. 4, comma 3. Vengono indicate le sotto-materie specifiche dei contratti pubblici, rientranti nella competenza esclusiva dello Stato.

progettazione ⁽¹²⁾, i concorsi di progettazione e di idee, gli affidamenti in economia ⁽¹³⁾, i requisiti e le modalità di funzionamento delle commissioni giudicatrici;

i) direzione dei lavori, servizi e forniture e attività di supporto tecnico-amministrativo;

l) procedure di esame delle proposte di variante;

m) ammontare delle penali, secondo l'importo dei contratti e cause che le determinano, nonché modalità applicative;

n) quota subappaltabile dei lavori appartenenti alla categoria prevalente ai sensi dell'articolo 118;

o) norme riguardanti le attività necessarie per l'avvio dell'esecuzione dei contratti, e le sospensioni disposte dal direttore dell'esecuzione o dal responsabile del procedimento;

p) modalità di corresponsione ai soggetti che eseguono il contratto di acconti in relazione allo stato di avanzamento della esecuzione;

q) tenuta dei documenti contabili;

r) modalità e procedure accelerate per la deliberazione, prima del collaudo, sulle riserve dell'appaltatore;

s) collaudo e attività di supporto tecnico-amministrativo, ivi comprese le ipotesi di collaudo semplificato sulla base di apposite certificazioni di qualità, le ipotesi di collaudo in corso d'opera, i termini per il collaudo, le condizioni di incompatibilità dei collaudatori, i criteri di rotazione negli incarichi, i relativi compensi, i requisiti professionali secondo le caratteristiche dei lavori.»

2. L'impostazione della questione.

La Corte Costituzionale, con sentenza 1° ottobre 2003, n. 303, aveva stabilito che «la mancata inclusione dei *“lavori pubblici”* nella elencazione dell'art. 117 Cost., diversamente da quanto sostenuto in numerosi ricorsi, non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni. Al contrario, si tratta di *ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia*, ma *si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono* e pertanto possono essere

¹² La sotto-materia degli incarichi di progettazione è quindi demandata alla competenza esclusiva dello Stato.

¹³ Gli «affidamenti in economia» – la cui disciplina viene demandata al regolamento – sono sotto-materia rientrante nella competenza esclusiva dello Stato, a ragione del restringimento che si potrebbe di fatto arrecare al principio di tutela della concorrenza.

ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti».

La citata pronuncia della Corte Costituzionale aveva dunque spiazzato *ex post* quelle legislazioni regionali che, in virtù della riforma del titolo V della Costituzione, si erano fondate sul (poi appunto riscontrato inesistente) presupposto che i lavori pubblici potessero costituire (per competenza residuale esclusiva) materia costituzionalmente attribuita alla legislazione regionale stessa.

Con sentenza 15 novembre 2004, n. 345, la Corte Costituzionale aveva poi chiarito quanto segue:

«Le procedure di evidenza pubblica, anche alla luce delle direttive della Comunità Europea (cfr., da ultimo, la direttiva 2004/18/CE, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e servizi), hanno assunto un rilievo fondamentale per la tutela della concorrenza tra i vari operatori economici interessati alle commesse pubbliche. Viene in rilievo, a questo proposito, la disposizione di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, secondo la quale *spetta allo Stato legiferare in via esclusiva in tema di tutela della concorrenza*. Al riguardo la giurisprudenza di questa Corte (sentenze nn. 14 e 272 del 2004) ha posto in evidenza che *si tratta di una competenza trasversale, che coinvolge più ambiti materiali, si caratterizza per la natura funzionale (individuando, più che degli oggetti, delle finalità in vista delle quali la potestà legislativa statale deve essere esercitata) e vale a legittimare l'intervento del legislatore statale anche su materie, sotto altri profili, di competenza regionale*. Peraltro la stessa giurisprudenza ha chiarito che *l'intervento del legislatore statale è legittimo se contenuto entro i limiti dei canoni di adeguatezza e proporzionalità*. In particolare, come si legge nella citata sentenza n. 272 del 2004 (punto 3 del Considerato in diritto), *la norma statale che imponesse una disciplina tanto dettagliata da risultare non proporzionata rispetto all'obiettivo della tutela della concorrenza costituirebbe una illegittima compressione dell'autonomia regionale*».

In sostanza, secondo la Corte, spetta allo Stato (evidentemente) di dettare la disciplina generale in materia di tutela della concorrenza. Da ciò deriva che spetta allo Stato stabilire – anche e soprattutto in relazione all'ordinamento comunitario – le regole comuni in materia di garanzia del rispetto del principio in questione e quando invece, per converso, si può procedere per procedura negoziata ovvero in economia (il “rovescio della medaglia” del medesimo principio).

Ciò che lo Stato non può imporre – e che invece il codice forse ha imposto – è stabilire una disciplina troppo dettagliata, pur in materia di tutela della concorrenza.

Se questo è il problema sostanziale, dal 1° luglio 2006 non può tuttavia essere disatteso il principio di efficacia formale della fonte giuridica. In pratica, se con le legislazioni regionali venute fuori con la riforma del titolo V spettava allo Stato rivolgersi alla Corte Costituzionale, ora spetta alle regioni rivolgersi alla medesima in ordine agli artt. 4 e 5 del codice (¹⁴).

¹⁴ Cfr., infatti:

- «Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 7 luglio 2006 (della Regione Piemonte) Appalti pubblici - Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture - Competenze legislative di Stato e Regioni - Inclusione fra le materie oggetto di competenza concorrente della «organizzazione amministrativa» - Ricorso della Regione Piemonte - Lamentata ingerenza nella potestà normativa residuale della Regione, senza che siano ravvisabili esigenze di tipo unitario - Denunciata violazione delle attribuzioni delle Regioni. - D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 4, comma 2. - Costituzione, artt. 117 e 118. Appalti pubblici - Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture - Competenze legislative di Stato e Regioni - Definizione, attraverso enumerazione dettagliata di oggetti, dell'ambito riservato alla legislazione esclusiva statale, con divieto alle Regioni di emanare disciplina diversa - Ricorso della Regione Piemonte - Lamentata ingerenza dello Stato in ambiti di competenza concorrente e residuale delle Regioni senza che siano ravvisabili esigenze di tipo unitario, previsione di normativa statale di dettaglio anche per gli appalti «sotto la soglia» comunitaria - Denunciata violazione delle attribuzioni delle Regioni, violazione dei canoni di ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza. - D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 4, comma 3. - Costituzione, artt. 117 e 118. Appalti pubblici - Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture - Previsione di regolamento statale per la disciplina attuativa ed esecutiva del codice, valevole per tutte le amministrazioni pubbliche in relazione agli ambiti definiti dall'art. 4, comma 3 - Ricorso della Regione Piemonte - Lamentata ingerenza dello Stato in ambiti di competenza concorrente e residuale delle Regioni e in ambiti di competenza degli enti locali, mancata previsione di procedura di intesa con la Conferenza Stato-Regioni - Denunciata violazione delle attribuzioni delle Regioni, violazione del principio di leale collaborazione. - D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 5. - Costituzione, artt. 117 e 118» (*GU n. 38 del 20-9-2006*);
- «Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 10 luglio 2006 (della Regione Lazio) Appalti pubblici - Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture - Competenze legislative di Stato e Regioni - Attribuzione alla potestà normativa concorrente di «organizzazione amministrativa», «compiti e requisiti del responsabile del procedimento», «programmazione dei lavori pubblici», «approvazione dei progetti a fini urbanistici ed espropriativi» - Ricorso della Regione Lazio - Lamentata

ingerenza nella sfera di autonomia delle regioni e degli enti pubblici in contrasto con il riparto costituzionale delle competenze, applicazione della norma agli appalti sotto la soglia comunitaria - Denunciata lesione della potestà legislativa residuale delle regioni, violazione dei criteri contenuti nella legge di delega, violazione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità, leale collaborazione, imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione. - D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 4, comma 2. - Costituzione, artt. 76, 97, 117 e 118. Appalti pubblici - Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture - Competenze legislative di Stato e Regioni - Attribuzione alla potestà normativa esclusiva dello Stato della disciplina relativa a qualificazione e selezione dei concorrenti, procedure di affidamento, criteri di aggiudicazione, subappalto, poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, attività di progettazione e piani di sicurezza, stipulazione ed esecuzione dei contratti, direzione dell'esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo, contenzioso - Ricorso della Regione Lazio - Lamentata ingerenza nella sfera di autonomia delle regioni e degli enti pubblici in contrasto con il riparto costituzionale delle competenze, applicazione della norma agli appalti sotto la soglia comunitaria - Denunciata lesione della potestà legislativa e amministrativa delle regioni, lesione della potestà regionale di immediata attuazione delle direttive comunitarie, violazione dei criteri contenuti nella legge di delega, violazione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità, leale collaborazione, imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione. - D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 4, comma 3. - Costituzione, artt. 76, 97, 117 e 118. Appalti pubblici - Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture - Previsione di regolamenti statali per la disciplina esecutiva e attuativa del codice in relazione agli aspetti di cui all'art. 4, comma 3 - Ricorso della Regione Lazio - Lamentata ingerenza, con normativa di dettaglio, vincolante e non cedevole, in ambiti materiali di competenza regionale, accentramento in capo allo Stato di ogni funzione normativa in tema di appalti pubblici stipulati da qualunque amministrazione, applicazione della norma agli appalti sotto la soglia comunitaria - Denunciata lesione delle attribuzioni delle regioni e particolarmente della potestà regolamentare, violazione del principio di legalità, violazione dei criteri contenuti nella legge di delega. - D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 5. - Costituzione, artt. 76, 97, 117 e 118» (*GU n. 38 del 20-9-2006*);

- «Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 10 luglio 2006 (della Regione Abruzzo) Appalti pubblici - Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture - Competenze legislative di Stato e Regioni - Attribuzione alla potestà normativa concorrente di «organizzazione amministrativa», «compiti e requisiti del responsabile del procedimento», «programmazione dei lavori pubblici», «approvazione dei progetti a fini urbanistici ed espropriativi» - Ricorso della Regione Abruzzo - Lamentata

In sostanza, l'art. 4 del codice abroga implicitamente le normative regionali dal 1° luglio 2006, qualora e finché il codice stesso non venga caducato in parte qua dalla Corte.

Il codice ha efficacia formale di fonte *erga omnes* per il fatto che allo Stato compete in ogni caso di garantire il principio di garanzia della concorrenza, anche in ipotesi di eccesso di legificazione: che però non è tale, finché non venga dichiarato dalla Corte.

ingerenza nella sfera di autonomia delle regioni e degli enti pubblici in contrasto con il riparto costituzionale delle competenze, applicazione della norma agli appalti sotto la soglia comunitaria - Denunciata lesione della potestà legislativa residuale delle regioni, violazione dei criteri contenuti nella legge di delega, violazione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità, leale collaborazione, imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione. - D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 4, comma 2. - Costituzione, artt. 76, 97, 117 e 118. Appalti pubblici - Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture - Competenze legislative di Stato e Regioni - Attribuzione alla potestà normativa esclusiva dello Stato della disciplina relativa a qualificazione e selezione dei concorrenti, procedure di affidamento, criteri di aggiudicazione, subappalto, poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, attività di progettazione e piani di sicurezza, stipulazione ed esecuzione dei contratti, direzione dell'esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo, contenzioso - Ricorso della Regione Abruzzo - Lamentata ingerenza nella sfera di autonomia delle regioni e degli enti pubblici in contrasto con il riparto costituzionale delle competenze, applicazione della norma agli appalti sotto la soglia comunitaria - Denunciata lesione della potestà legislativa e amministrativa delle regioni, lesione della potestà regionale di immediata attuazione delle direttive comunitarie, violazione dei criteri contenuti nella legge di delega, violazione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità, leale collaborazione, imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione. - D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 4, comma 3. - Costituzione, artt. 76, 97, 117 e 118. Appalti pubblici - Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture - Previsione di regolamenti statali per la disciplina esecutiva e attuativa del codice in relazione agli aspetti di cui all'art. 4, comma 3 - Ricorso della Regione Abruzzo - Lamentata ingerenza, con normativa di dettaglio, vincolante e non cedevole, in ambiti materiali di competenza regionale, accentramento in capo allo Stato di ogni funzione normativa in tema di appalti pubblici stipulati da qualunque amministrazione, applicazione della norma agli appalti sotto la soglia comunitaria - Denunciata lesione delle attribuzioni delle regioni e particolarmente della potestà regolamentare, violazione del principio di legalità, violazione dei criteri contenuti nella legge di delega. - D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 5. - Costituzione, artt. 76, 97, 117 e 118» (GU n. 38 del 20-9-2006).

Altrimenti si tratterebbe di disapplicazione materiale dell'art. 4 del codice.

3. Il parere del Consiglio di Stato sullo schema di modifica del D.Lgs. 163/2006.

Peraltro, il Consiglio di Stato è dell'avviso che anche per importi sotto soglia comunitaria «compete allo Stato la fissazione di comuni principi» ⁽¹⁵⁾

¹⁵ «Riferisce preliminarmente l'Amministrazione che lo schema di decreto legislativo è stato trasmesso alla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, la quale, nella seduta del 3 agosto 2006, ha chiesto l'inserimento, in un atto avente forza di legge, di una disposizione di carattere transitorio, in attesa di ulteriori interventi modificativi sul decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, che è stata così formulata: "Fino alla data di entrata in vigore del decreto legislativo correttivo ed integrativo del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, da adottarsi d'intesa con la Conferenza Unificata, si applicano, anche in deroga all'art. 4 del citato decreto legislativo n. 163 del 2006, le disposizioni normative delle Regioni e delle Province autonome in materia di appalti di lavori, servizi e forniture concernenti la stipulazione e l'approvazione dei contratti, il responsabile unico del procedimento, la pubblicazione dei bandi e le procedure di affidamento degli appalti d'importo alla soglia comunitaria, se non in contrasto con la normativa comunitaria".

In relazione alla suesposta proposta di modifica, l'Amministrazione esprime parere contrario per la considerazione di fondo che la stessa tocca una problematica (quella, cioè del rapporto tra la normazione statale e la disciplina regionale nella materia) della quale lo schema di decreto correttivo in esame non ha inteso mutare alcunché rispetto a quanto definito con il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche all'esito delle valutazioni espresse dal Consiglio di Stato, in occasione del parere reso all'esito dell'Adunanza del 6 febbraio 2006. Al riguardo si concorda con l'avviso contrario dell'Amministrazione. In particolare si ribadisce che nei contratti al di sotto della soglia comunitaria compete allo Stato la fissazione di comuni principi, che assicurino trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione e che la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto la legittimità dell'applicabilità alle Regioni dei principi desumibili dalla normativa nazionale di recepimento della disciplina comunitaria, là dove impongono la gara, fissano l'ambito soggettivo ed oggettivo di tale obbligo, limitano il ricorso alla trattativa privata e collegano alla violazione dell'obbligo sanzioni civili e forme di responsabilità (Corte cost. n. 345 del 2004). In ogni caso, appare opportuno soprassedere ad eventuali modificazioni dell'art. 4 del codice, come pure del successivo art. 5, in attesa di conoscere le decisioni della Corte costituzionale sui ricorsi di legittimità costituzionale che, in relazione a dette norme, sono stati recentemente proposti dalle Regioni Piemonte, Lazio e Abruzzo» (Cons. Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, parere 28 settembre 2006, n. 3641).

4. La circolare della Regione Sicilia.

Nella *Gazzetta Ufficiale* della Regione Siciliana (25 settembre 2006, n. 45, parte prima) è pubblicata la circolare dell'assessore dei lavori pubblici, avente tra l'altro ad oggetto: «Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive nn. 2004/17/CE e 2004/18/CE (...)»⁽¹⁶⁾.

▪ «Occorre effettuare una distinzione tra la disciplina concernente le forniture di beni, gli appalti di servizi e gli appalti inerenti ai settori esclusi e la disciplina relativa agli appalti di lavori.

1) Per le prime tre tipologie di appalti il legislatore regionale ha operato un rinvio dinamico alla disciplina statale, richiamando, agli artt. 31, 32, e 33 della legge regionale n. 7/2002, rispettivamente i decreti legislativi nn. 358/92, 157/95 e 158/95, e successive modifiche ed integrazioni; poiché tali normative sono state abrogate dal decreto legislativo n. 163/2006, quest'ultima disciplina risulta immediatamente applicabile in virtù del predetto rinvio "dinamico" alle norme statali che consente l'adeguamento della legge regionale alle modifiche eventualmente intervenute nell'ordinamento statale. Tale affermazione trova un correttivo nell'ipotesi in cui vi sia una diversa regolamentazione della stessa materia ad opera di una disposizione regionale. Per esempio, nell'ipotesi di norme che regolano la pubblicità dei bandi di gara per gli appalti di forniture di beni e per gli appalti di servizi, sussistendo una specifica disciplina regionale, l'art. 35 della legge regionale n. 7/2002 e successive modifiche ed integrazioni, non potrà farsi luogo all'applicazione dell'art. 66 del decreto legislativo n. 163/06.»

La prima tesi è corretta, la seconda (inerente al «correttivo») non può essere condivisa.

Le «procedure di affidamento» pertengono – e come potrebbe essere diversamente, in relazione alla «tutela della concorrenza»? – alla competenza esclusiva dello Stato (D.Lgs. 163/2006, art. 4, comma 3).

In tale ambito generale rientrano, nello specifico, le «forme di pubblicità e di conoscibilità degli atti procedurali» (D.Lgs. 163/2006, art. 5, comma 5, lett. e)).

«Pertanto, costituendo la pubblicità uno dei presidi della concorrenza, la sua disciplina non può che appartenere allo Stato in via esclusiva; la norma regionale

¹⁶ Il testo integrale è scaricabile al seguente indirizzo:
<http://fons.pa.cnr.it/GURS/Gazzette/g06-45/g06-45-p3.html> .

che abbia invaso questa competenza dettando regole diverse non può che risultare illegittima per violazione dell'art. 117 della Costituzione»⁽¹⁷⁾.

Si ricorda che la lesione della disciplina inerente al regime di pubblicità *ex lege* previsto travolge *sic et simpliciter* l'intero arco procedimentale.

Per converso, il legislatore nazionale deve dare attuazione alla norma di coordinamento che deve abolire l'obbligo di pubblicità nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica Italiana e (per i lavori) su un quotidiano⁽¹⁸⁾.

▪ «Diversa è la fattispecie» – secondo la circolare – «riguardante la materia dei lavori pubblici. Il comma 3 dell'art. 4 del decreto legislativo n. 163/2006, rubricato “Competenze legislative di Stato, regioni e province autonome”, enumera una serie di materie, che, in ossequio all'art. 117, comma 2, della Costituzione, come novellato a seguito della legge costituzionale n. 3/2001, di riforma del titolo V della Costituzione, (che, a sua volta, ha individuato le materie in cui sussiste la legislazione esclusiva statale) sono rimesse alla potestà legislativa esclusiva dello Stato e per le quali non è ammessa alcuna disciplina regionale difforme. Tale disposizione del codice, tuttavia, non può riguardare le regioni a statuto speciale, atteso che la specifica esclusività della competenza legislativa della Regione siciliana in materia di lavori pubblici deriva non tanto dal novellato art. 117 Cost., quanto dall'art. 14, lett. g), dello Statuto della Regione siciliana, approvato con R.D.L. 15 maggio 1946, n. 455.»

Tale tesi non può essere condivisa.

Competenza *esclusiva* non può voler dire altro che competenza *assoluta*. Del resto, il comma 3 dell'art. 4 parla *indistintamente* di «regioni»⁽¹⁹⁾.

¹⁷ Ricorso per legittimità costituzionale 11 settembre 2006, n. 97 (Presidente del Consiglio dei Ministri/Regione Campania).

¹⁸ «Le forme di pubblicità per i contratti sotto soglia, previste dal presente codice, sono sostituite dalla pubblicazione sui siti informatici di cui all'articolo 66, comma 7 a decorrere dalla data stabilita con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, che definisce le necessarie modalità tecniche, organizzative e applicative, anche per assicurare la data certa della pubblicazione e la conservazione dei dati pubblicati per un adeguato periodo temporale» (D.Lgs. 163/2006, art. 252, comma 3, primo periodo).

¹⁹ La circolare, in sostanza, vorrebbe relativizzare la competenza esclusiva dello Stato:

«Così come è pacifico considerare che la modifica del titolo V non ha inciso sull'assetto della precedente distribuzione di competenze tra Stato e Regioni speciali, se non nel senso di ampliare anche per queste le materie di competenza esclusiva, così, allo stesso modo, l'art. 4, comma 3, del decreto legislativo n. 163/06, che enuclea le materie di competenza esclusiva dello Stato, non ha refluenze sulla previsione statutaria dell'esercizio esclusivo della funzione legislativa della Regione in tale materia».

«Il comma 4 dell'art. 4 del codice dei contratti (...) non sembra riguardare le regioni a statuto speciale e ciò è confermato dal successivo comma 5».

Neppur questo è vero.

Il comma 4 riguarda *indistintamente* le «regioni». Il comma 5 riguarda *proprio e solo* le «regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano»⁽²⁰⁾.

Ed ecco la tesi finale:

«Pertanto, (...) si ritiene che, anche dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 163/2006, e sino all'emanazione della normativa regionale di adeguamento, trovi applicazione in Sicilia la legislazione regionale in materia di lavori pubblici, fermo restando l'obbligo della Regione di adeguarsi ai principi fondamentali del codice dei contratti che costituiscono norme di grande riforma economico-sociale».

Tale tesi, per quello che fin qui si è venuto chiarendo, non può proprio essere accolta.

Si applica il codice, fermo rimanendo (questo sì) che per le regioni a statuto speciale e per le province autonome – *ma solo nelle materie che non sono di competenza esclusiva dello Stato* – sussiste soltanto l'obbligo di adeguamento ai

²⁰ Inconferenti appaiono le considerazioni che seguono, laddove si omltera il fatto semplice che *il codice configura normativa statale sopravvenuta*:

«Per verificare se vi siano disposizioni contenute nel codice dei contratti che possono avere immediata efficacia nella Regione, sembra necessario esaminare, sinteticamente, la legislazione ad oggi vigente in materia di lavori pubblici. L'art. 1 della legge regionale 2 agosto 2002, n. 7, ha statuito che la legge 11 febbraio 1994, n. 109, (recante "Legge quadro in materia di lavori pubblici"), "si applica nel territorio della Regione siciliana nel testo vigente alla data di approvazione della presente legge". Alla stregua di un'interpretazione strettamente letterale, poiché il rinvio alla norma statale contenuto nella legge regionale n. 7/2002, è un rinvio "statico" o ricettizio, la legge statale richiamata è stata applicata nell'ordinamento regionale secondo la formulazione vigente al momento dell'entrata in vigore di quella regionale di recepimento. Quindi, le modifiche o le abrogazioni apportate dal legislatore statale alla normativa nazionale recepita, non hanno avuto effetto sull'ordinamento della Regione se non a seguito di un'ulteriore intervento del legislatore regionale, ad eccezione di quelle norme concernenti materie che sono riservate all'esclusiva competenza dello Stato. Tali norme, infatti, sono state formalmente recepite dal legislatore regionale con le leggi regionali nn. 7/2002 e 7/2003, e pertanto le loro successive modificazioni, ivi comprese quelle del codice dei contratti, hanno diretta applicazione nell'ordinamento regionale senza trovare preclusioni nel menzionato rinvio statico».

principi fondamentali del codice, per cui il codice stesso non è mai direttamente applicabile in via interinale.

Non condivisibile, pertanto, *DAUNO F.G. TREBASTONI, Servizi e forniture in economia nel codice dei contratti*, in www.giustizia-amministrativa.it:

«Come anche l'Assessorato regionale dei lavori pubblici ha avuto modo recentemente di precisare, occorre effettuare una distinzione tra la disciplina concernente le forniture di beni, gli appalti di servizi e gli appalti inerenti ai settori esclusi, da una parte, e la disciplina relativa agli appalti di lavori, dall'altra.

Per le prime tre tipologie di appalti, il legislatore regionale ha operato un rinvio dinamico alla disciplina statale, richiamando, agli artt. 31, 32, e 33 della legge regionale n. 7/2002, rispettivamente i decreti legislativi nn. 358/92, 157/95 e 158/95, e successive modifiche ed integrazioni; ma poiché tali normative sono state abrogate dal decreto legislativo n. 163/2006, quest'ultima disciplina risulta immediatamente applicabile in virtù del predetto rinvio "dinamico" alle norme statali, secondo un meccanismo giuridico che, come è noto, consente l'automatico adeguamento della legge regionale alle modifiche eventualmente intervenute nell'ordinamento statale limitatamente alle norme richiamate.

Tale affermazione trova un correttivo nell'ipotesi in cui vi sia una diversa regolamentazione della stessa materia ad opera di una disposizione regionale. Per esempio, nell'ipotesi di norme che regolano la pubblicità dei bandi di gara per gli appalti di forniture di beni e per gli appalti di servizi, sussistendo una specifica disciplina regionale, dettata dall'art. 35 della legge regionale n. 7/2002 e successive modifiche ed integrazioni, non potrà farsi luogo all'applicazione dell'art. 66 del decreto legislativo n. 163/06.

Per quanto riguarda la materia dei lavori pubblici, invece, l'art. 14, lett. g) dello Statuto della Regione Sicilia, approvato con R.D.L. 15 maggio 1946, n. 455, prevede una competenza esclusiva della Regione stessa, che ai sensi del nuovo art. 117 Cost. va comunque esercitata *“nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”*, e fatte salve le materie oggetto di legislazione esclusiva dello Stato.

La L. 11 febbraio 1994 n. 109 (“legge quadro in materia di lavori pubblici”) è stata recepita in Sicilia con L.R. 2 agosto 2002 n. 7, il cui art. 1 ha disposto che tale legge dovesse trovare applicazione nel territorio della Regione siciliana nel testo vigente “alla data di approvazione” della stessa L.R. 7/2002. Si è quindi operato un rinvio c.d. “statico”, che non consente l'automatica applicazione anche delle modifiche successivamente intervenute alla normativa nazionale richiamata.

Secondo il comma 5 dell'art. 4 del decreto 163, *“Le regioni a statuto speciale*

e le province autonome di Trento e Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione”.

Quindi, in definitiva, nella materia dei lavori pubblici il codice dei contratti trova applicazione anche in Sicilia (solo) per quelle materie per le quali anche la Regione Sicilia non ha alcuna potestà legislativa, come ad esempio per l'arbitrato o per tutto ciò che concerne “*giurisdizione e norme processuali*” e “*giustizia amministrativa*” (art. 117, comma 1, lett. 1, Cost.), nonché nelle parti – da individuare nel confronto con le direttive comunitarie attuate con il codice stesso – in cui detto codice recepisca norme comunitarie immediatamente precettive, come ad esempio per l'istituto del dialogo competitivo (art. 58) o dell'avvalimento (art. 49)».

5. La circolare della Regione Friuli-Venezia Giulia.

Per le medesime ragioni che per la Sicilia, va ribadito che il codice dei contratti si applica anche per i lavori che si eseguono nel territorio del Friuli Venezia Giulia ⁽²¹⁾.

Ciò vale anche in relazione alla normativa regionale adottata successivamente al codice dei contratti ⁽²²⁾

6. L'impugnazione della legge della Regione Campania, 20 giugno 2006, n. 12, titolo III, art. 27.

Appare condivisibile quanto espresso nel ricorso per legittimità costituzionale 11 settembre 2006, n. 97 (Presidente del Consiglio dei Ministri/Regione Campania).

²¹ Si rinvia al link:

<http://www.regione.fvg.it/appalti/allegati/circolareStazioniAppaltanti.pdf>.

²² Cfr.: decreto del Presidente della Regione, 27 ottobre 2006 , n. 0327/Pres.: «Regolamento recante «Modifiche al regolamento di attuazione della L.R. n. 14/2002 in materia di lavori pubblici.» Approvazione»; decreto del Presidente della Regione, 27 ottobre 2006 , n. 0328/Pres.: «Regolamento recante «Modifiche al regolamento tipo per la selezione dei candidati da invitare alla procedura ristretta di cui all'articolo 20, comma 2 della L.R. 14/2002. Approvazione».

Per scaricare i due testi normativi, si rinvia al link:

http://www.regione.fvg.it/asp/bur/reposit/bur/06/4/bu_45_06.pdf .

«Nell'esercizio della propria competenza legislativa, la Regione Campania ha emanato la legge regionale n. 12/2006 (...). I contratti assoggettati alla disciplina legislativa regionale sono essenzialmente gli appalti di forniture e servizi di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario (e quelli di importo superiore qualora diversi da quelli menzionati dalle direttive europee), nonché gli appalti di lavori pubblici di qualunque importo, e i contratti d'opera professionale.

Ora, è noto che la questione del riparto di competenza legislativa fra Stato e regioni in materia di affidamento ed esecuzione di commesse pubbliche ha avuto di recente un notevole contributo interpretativo ad opera delle sentenze n. 303 e 304 del 2003 e n. 345 del 2004 della Corte costituzionale, nonché una precisa regolamentazione ad opera del c.d. "codice degli appalti" di cui al decreto legislativo n. 163/2006.

In base ai principi desumibili dalle pronunce e dalle norme ora richiamate, è possibile affermare che la materia degli appalti pubblici – ancorché non espressamente menzionata dall'art. 117 della Costituzione – non appartiene per residualità alla competenza legislativa delle regioni.

Come affermato dalla Corte costituzionale a proposito dei lavori pubblici, ma con espressioni e concetti idonei a ricomprendere tutti gli appalti pubblici (e quindi anche servizi e forniture), “si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono, e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative dello Stato, ovvero a potestà legislative concorrenti”.

Se dunque si procede a scomporre la disciplina degli appalti pubblici in tutti i suoi momenti (dell'organizzazione, della programmazione, del finanziamento, della scelta del contraente, della sua qualificazione, dell'esecuzione del contratto, delle controversie) si ha che ciascuno di essi può essere ricondotto all'ambito di legislazione cui appartiene la relativa materia, e di conseguenza può essere individuato il soggetto titolare della connessa potestà legislativa.

Per grandi linee, si può affermare dunque che tutto ciò che attiene alla fase dell'affidamento dell'appalto – contenuto dei bandi di gara, criteri di aggiudicazione, disciplina della gara, qualificazione dei concorrenti – rientra nel generale concetto di regolamentazione della concorrenza e di regolazione del mercato (ed in questa prospettiva è la genesi di tutta la normativa comunitaria in materia, nonché la ragione della predominanza di questa sulla normativa interna), regolamentazione che, in quanto tale, appartiene allo Stato in via esclusiva.

In tal senso è espressamente l'orientamento della Corte costituzionale, che ha affermato che l'acquisto di beni e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni secondo le procedure ad evidenza pubblica costituisce la concreta attuazione della pienezza dei rapporti concorrenziali. “Le procedure ad evidenza pubblica, anche alla luce delle direttive della Comunità europea (cfr. da ultimo, la direttiva

2004/18/CE del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e servizi), hanno assunto un rilievo fondamentale per la tutela della concorrenza tra i vari operatori economici interessati alle commesse pubbliche. Viene in rilievo, a questo proposito, la disposizione di cui all'art. 117, secondo comma, della Costituzione, secondo la quale spetta allo Stato legiferare in via esclusiva in tema di tutela della concorrenza” (Corte cost. 345/2004).

E la ragione è più che evidente e risiede nella insopprimibile esigenza che il mercato e le sue regole non soffrano della frantumazione conseguente alla pluralità di possibili discipline, articolate secondo le differenziazioni del territorio regionale e ciascuna rispondente a finalità politiche diverse, ed abbiano viceversa una disciplina omogenea ed unitaria su tutto il territorio nazionale.

La regione, dunque, non può emanare autonome norme di legge destinate a disciplinare le procedure di affidamento di contratti pubblici.

Analogamente va ritenuto con riguardo ad altri aspetti della materie dei contratti pubblici, quali la sottoscrizione del contratto e la sua esecuzione, il subappalto, la disciplina delle controversie.

È infatti evidente che tutta la vicenda contrattuale appartiene alla disciplina civilistica delle obbligazioni, delle loro fonti, del loro adempimento, del loro inadempimento e delle relative conseguenze giuridiche (non a caso il contratto di appalto trova compiuta disciplina negli articoli del codice civile, e l'appalto pubblico è tradizionalmente ritenuto un contratto di diritto privato, ancorché speciale), e come tale rientra a pieno titolo nella potestà legislativa esclusiva dello Stato, cui spetta, sempre a norma dell'art. 117 della Costituzione, legiferare in tema di ordinamento civile e penale.

Per quanto poi riguarda il subappalto, oltre alla già rilevata considerazione del suo appartenere all'ambito del diritto civile (art. 1656 c.c.), vi è l'ulteriore e non meno rilevante aspetto dell'assoggettamento dell'istituto in questione a normativa speciale (la legge 19 marzo 1990, n. 55) di chiara ispirazione di ordine pubblico, e ciò costituisce ulteriore elemento per ricondurre la disciplina del subappalto nell'esclusiva signoria dello Stato, competente a legiferare sempre ai sensi dell'art. 117 della Costituzione in materia di ordine pubblico e sicurezza.

Le regioni pertanto non possono emanare norme proprie volte a regolare gli aspetti contrattuali degli appalti pubblici.

Possono invece emanare norme dirette a disciplinare argomenti ed istituti che sono oggetto di competenza legislativa concorrente (programmazione, esercizio ed effetti dei poteri approvativi specialmente per quanto attiene all'ambito urbanistico ed espropriativo, ecc.) ma ciò nel rispetto dei principi fondamentali desumibili dalle norme statali.

Questo è l'assetto delle competenze legislative nella materia degli appalti

pubblici di lavori, servizi e forniture quale risulta dalla più corretta interpretazione dei principi costituzionali, e quale attualmente accolta nella più recente normativa emanata dallo Stato sul punto: l'articolo 4 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

(...) In definitiva, tutte le norme regionali che intervengono in ambito contrattuale, incidono in materia attribuita alla inderogabile signoria dello Stato, in quanto non si può ammettere che uno stesso contratto riceva una regolamentazione significativamente diversa nei suoi elementi essenziali, a seconda della regione nel cui territorio viene stipulato.

Non possono esistere, in altri termini, un contratto campano, uno toscano, uno laziale e così via».