

Articoli e note

n. 2-2006 - © copyright

ALFONSO CELOTTO

Gli appalti pubblici tra competenze statali e competenze regionali. Primi spunti.

1. La "codificazione" della materia degli appalti pubblici si scontra con uno dei profili di maggiore instabilità degli ultimi anni: stabilire in maniera precisa il riparto di competenze tra Stato e Regioni.

L'applicazione del nuovo assetto competenziale previsto nel nuovo Titolo V della Carta costituzionale, sta passando per svolgimenti particolarmente contorti, anche in ragione della "incompiutezza" delle tabelle di cui ai commi 2° e 3° dell'art. 117 Cost. La Corte costituzionale ha così scelto di privilegiare una interpretazione non testuale, oggettiva di tali elenchi, ma ha optato per una lettura funzionale, teleologica, anche con applicazione di una serie di "grimaldelli" alla competenza regionale. Vanno così intesi strumenti quali le materie "trasversali" - o anche "materie non materie", o "materie-funzioni" - che indicano gli ambiti in cui sono "raccolti ed intrecciati tra loro interessi molteplici che mettono capo a competenze differenziate, distribuite tra enti locali, Regioni e Stato" (così Corte cost., sent. n. 96 del 2003; ma anche, ad es., nn. 31, 50, 51, 108, 133, 151, 161, 214, 219, 234 e 336 del 2005); la "chiamata in sussidiarietà", che facendo leva su esigenze unitarie giustifica competenze statali che non trovano alcun titolo nell'art. 117 Cost. (sulla base dell'impianto della sent. n. 303 del 2003, v. sent. n. 270 e 285 del 2005); la pervasività dei principi fondamentali, attraverso i quali si restringono non di poco gli spazi di competenza regionale (ad es. sent. n. 286 e 324 del 2005).

Per far chiarezza in questo quadro appare più opportuno affidarsi al legislatore piuttosto che alla Corte costituzionale. Gli interventi della Corte, infatti, oltre a scontare l'inevitabile a-sistematicità, operano su un tessuto normativo già in vigore e rappresentano, spesso, decisioni "pretorie", che risolvono singoli casi, spesso con approccio arbitrale.

Il legislatore, anche delegato, invece, interviene in maniera maggiormente sistematica e - elemento assolutamente da non trascurare - risponde più direttamente ai circuiti di rappresentatività democratica, potendo operare con gli strumenti tipici della mediazione politica, così da non trascurare le posizioni di nessuno dei rappresentanti degli interessi coinvolti.

2. Lo sforzo "titanico" della Commissione di redazione del "Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture" affronta gli assetti competenziali Stato - Regioni all'art. 4 della bozza approvata dal Consiglio dei Ministri il 13 gennaio 2006, articolato in due commi:

"1. Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano esercitano la potestà normativa nelle materie di propria competenza nel rispetto delle disposizioni dettate dal presente codice relativamente alle materie oggetto di competenza esclusiva dello Stato e in conformità ai principi ricavabili dal presente codice relativamente alle materie oggetto di competenza concorrente.

2. Le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, nel rispetto dell'articolo 117, comma secondo, lettera e), non possono prevedere una disciplina della qualificazione e selezione dei concorrenti, nonché di svolgimento delle procedure di gara, diversa da quella prevista nel presente codice".

Il primo rappresenta una ricognizione generale dei limiti alla potestà normativa regionale nell'attuale assetto costituzionale. Le Regioni debbono rispettare le "disposizioni dettate dal presente codice relativamente alle materie oggetto di competenza esclusiva dello Stato" e debbono legiferare "in

conformità ai principi ricavabili dal presente codice relativamente alle materie oggetto di competenza concorrente". In tal modo il codice riprende l'impianto dei commi 2° e 3° dell'art. 117, circa la sussistenza dei limiti alla competenza legislativa regionale discendenti dalla competenza esclusiva dello Stato e dalla competenza concorrente. Intendiamoci, anche senza la specificazione dell'art. 4, comma 1, tali tipologie di limiti avrebbero costituito vincoli alla legislazione regionale.

In tal senso ci troviamo di fronte ad una "ridondanza giuridica", comunque utile secondo l'insegnamento di Alf Ross, in quanto risponde alla ragione positiva "di sottolineare una particolare opinione o ... soddisfare un'esigenza generale (a vantaggio specialmente del lettore inesperto)", per cui si reputa "necessario ribadire sotto un solo contesto alcune cose che altrimenti avrebbero trovato posto altrove" (così A. ROSS, *Diritto e giustizia* [1958], trad. it. di G. Gavazzi, Torino, 1965, 126).

Si potrebbe obiettare che la Commissione avrebbe dovuto compiere uno sforzo maggiore per cercare di individuare più specificamente quali siano, nella specie, le disposizioni del codice che rientrano in materie di competenza esclusiva dello Stato o che rappresentano principi nell'impianto della competenza concorrente.

A ben vedere la Commissione, piuttosto che cercare - illuministicamente - di effettuare un elenco unitario dei limiti sostanziali alla competenza regionale ha provato a specificare di parte in parte la vincolatività per le Regioni. E' quanto accade, ad es., nell'art. 89, comma 4, relativamente agli strumenti di rilevazione della congruità dei prezzi; nell'art. 161, riguardo alla progettazione, all'approvazione dei progetti e la realizzazione delle infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale.

3. La clausola del secondo comma dell'art. 4 - che merita un'analisi più approfondita di quanto si possa fare in sede di un primo commento - fa rientrare nella competenza statale esclusiva in materia di "tutela della concorrenza" (art. 117, comma 2, lett. e) la "disciplina della qualificazione e selezione dei concorrenti, nonché di svolgimento delle procedure di gara, diversa da quella prevista nel presente codice".

Ci si richiama in tal modo a quella nozione dinamica di "concorrenza" fatta propria dalla Corte costituzionale a partire dalla sent. n. 14 del 2004, in cui il giudice delle leggi ha precisato che una ricostruzione organica di tale nozione «dal punto di vista del diritto interno, ... non può non riflettere quella operante in ambito comunitario, che comprende interventi regolativi, la disciplina antitrust e misure destinate a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza. Quando l'art. 117, secondo comma, lettera e), affida alla potestà legislativa esclusiva statale la tutela della concorrenza, non intende certo limitarne la portata ad una sola delle sue declinazioni di significato. Al contrario, proprio l'aver accorpato, nel medesimo titolo di competenza, la moneta, la tutela del risparmio e dei mercati finanziari, il sistema valutario, i sistemi tributario e contabile dello Stato, la perequazione delle risorse finanziarie e, appunto, la tutela della concorrenza, rende palese che quest'ultima costituisce una delle leve della politica economica statale e pertanto non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali» (§ 4 Cons. diritto).

Tale visione è stata applicata, ad esempio anche al Codice delle comunicazioni elettroniche, ritenendo evidente «l'incidenza che una efficiente rete di infrastrutture di comunicazione elettronica può avere sullo sviluppo economico del Paese e sulla concorrenzialità delle imprese. Ciò in un'ottica secondo la quale la "materia" della "tutela della concorrenza" deve essere intesa non "soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e di ripristino di un equilibrio perduto", ma anche in un'accezione "dinamica" che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali» (sentenza 27 luglio 2005, n. 242, § 5 Cons. diritto).

4. Corretta appare anche la scelta effettuata nell'art. 5 di affidare alla potestà regolamentare dello Stato tutte le materie che rientrano nella potestà esclusiva del medesimo, ai sensi del riparto di potestà regolamentare effettuato dal comma 6 dell'art. 117 Cost. Resta, tuttavia, da verificare se i

profili elencati nel comma 5 del medesimo art. 5 rientrano tutti in materie di competenza esclusiva dello Stato o se su alcuni di essere, relativi ad ambiti di concorrenza di competenze, sia necessario comunque un parere della Conferenza Stato-Regioni.

Voglio fare riferimento ad un recente caso esaminato dalla Corte costituzionale relativo alla spettanza della potestà regolamentare in caso di sovrapposizione di competenze statali esclusive e di competenze concorrenti nella medesima materia.

Relativamente alla spettanza della potestà regolamentare sugli IRCCS (Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico), enti pubblici nazionali con competenze in materia sanitaria e di ricerca (intreccio di competenze esclusive statali e concorrenti), la Corte nella sent. 7 luglio 2005, n. 270, ha precisato che "la competenza dello Stato a legiferare nella materia «ordinamento e organizzazione amministrativa degli enti pubblici nazionali» contemplata nella richiamata lettera g) del secondo comma dell'art. 117 Cost. non può assumere le caratteristiche di un titolo «trasversale» in grado di legittimare qualsivoglia intervento legislativo indipendentemente dalle specifiche funzioni che ad un determinato ente pubblico vengano in concreto attribuite e dalle materie di competenza legislativa cui tali funzioni afferiscano".

Pertanto, "un intervento come quello appena accennato, al fine di evitare un improprio svuotamento delle nuove prescrizioni costituzionali, esige non solo l'attenta valutazione dell'effettiva sussistenza delle condizioni legittimanti (necessarietà dell'attrazione al livello statale della funzione e della relativa disciplina regolativa, nonché idoneità, pertinenza logica e proporzionalità di tale disciplina rispetto alle esigenze di regolazione della suddetta funzione), ma anche la previsione di adeguate forme di coinvolgimento delle Regioni interessate, secondo i moduli di leale collaborazione più volte indicati come ineliminabili da questa Corte (cfr., fra le altre, le sentenze. n. 6 del 2004 e n. 303 del 2003)".

