

## QUALE SPAZIO PER LA NORMAZIONE SICILIANA IN MATERIA DI LAVORI PUBBLICI?

*(A margine di Corte cost., 11 febbraio 2021, n. 16)*

**Agatino Cariola**<sup>✉</sup>

**SOMMARIO:** **1.** Premessa – **2.** L'appiattimento della motivazione sulle (sole) "ragioni" della concorrenza: critica – **3.** (segue): sui criteri di aggiudicazione degli appalti e sulla loro astratta idoneità ad assicurare la tutela della concorrenza: quale spazio per le stazioni appaltanti? – **4.** Osservazioni conclusive.

---

✉ Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Catania.

## **Premessa.**

Con la recente sentenza n. 16/2021 la Corte costituzionale si è occupata di una legge regionale siciliana (l.r. 19 luglio 2019, n. 13) la quale aveva stabilito, tra l'altro, che nel territorio regionale «le stazioni appaltanti sono tenute ad utilizzare il criterio del minor prezzo, per gli appalti di lavori d'importo pari o inferiore alla soglia comunitaria, quando l'affidamento degli stessi avviene con procedure ordinarie sulla base del progetto esecutivo» (art. 4, co. 1, primo periodo). La stessa legge (art. 4, co. 2) ha inteso, inoltre, introdurre un metodo di calcolo della soglia di «anomalia» delle offerte difforme da quello previsto dal d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici); ed ha disposto la proroga triennale dei servizi di trasporto pubblico locale di passeggeri su strade di interesse regionale e locale (art. 13).

Tutte e tre le previsioni sono cadute sotto la mannaia del giudizio di legittimità costituzionale e tutte per lo stesso motivo, cioè per la violazione della competenza statale in materia di tutela della concorrenza.

La sentenza, dopo aver ricordato il costante orientamento della Corte secondo cui «le disposizioni del Codice dei contratti pubblici [...] regolanti le procedure di gara sono riconducibili alla materia della tutela della concorrenza, e [...] le Regioni, anche ad autonomia speciale, non possono dettare una disciplina da esse difforme», ha quindi concluso in riferimento alla prima disposizione, ma con evidente portata generale, che «è, in definitiva, palese la violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost».

## **L'appiattimento della motivazione sulle (sole) "ragioni" della concorrenza: critica.**

In realtà, l'argomento utilizzato sembra di quelli che provano troppo e finisce per negare un'articolazione delle competenze normative che dovrebbe essere molto più variegata. Ad esempio, non dovrebbero escludersi normazioni regionali proconcorrenziali in misura maggiore di quelle stabilite dal legislatore statale, specie se in diretta esecuzione di discipline di fonte europea.

Inoltre, le discipline regionali contengono spesso contenuti procedurali assolutamente necessari. Storicamente in Sicilia ampia parte della legislazione è stata dedicata alla disciplina degli appalti di lavori e di servizi pubblici. Lo stesso d.lgs. n. 50/2016, che pure si dichiara essere stato adottato «nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, ordinamento civile,

nonché nelle altre materie cui è riconducibile lo specifico contratto», ammette che le Regioni ordinarie esercitino le proprie funzioni nelle materie assegnate dall'art. 117 Cost. (ma si consideri che la clausola di enumerazione dovrebbe ora giocare a loro favore), e che quelle a statuto speciale e le Province autonome «adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione», art. 2. Insomma, l'intervento della legislazione statale nel campo degli appalti pubblici non è affatto escluso.

Allora il problema è quello di intendere la stessa materia «tutela della concorrenza», giacché se tutta la disciplina dei contratti pubblici fosse da ricondurre a ciò, non residuerebbe nessuno spazio per la potestà normativa regionale, e l'esito sarebbe in contrasto con lo stesso impianto del Codice. Al contrario, andrebbe valutata disposizione per disposizione della disciplina statale se si ha di fronte una norma espressione di un principio connessa appunto alla tutela della concorrenza o a mere regole procedurali e/o comunque "disponibili" per i vari legislatori.

Nella vicenda la difesa della Regione non pare aver posto una serie di problemi relativi alla competenza legislativa della stessa; la Corte ha rinvenuto (ciò che si definisce spesso) la ragione più liquida per definire la vicenda.

Eppure un altro modo di argomentare appare possibile.

Così, la previsione regionale del diverso metodo di calcolo della soglia di anomalia impinge il principio di eguaglianza tra gli operatori economici, i quali hanno tutto il diritto di partecipare a gare che si svolgano alla stessa maniera sull'intero territorio nazionale. I canoni costituzionali di riferimento vedono la tutela dell'iniziativa economica privata nei rapporti con le pp.aa. e l'unità della Repubblica, cioè gli artt. 41 e 5 Cost. Altro valore costituzionale coinvolto è quello di buon andamento della p.a., che si riflette ovviamente sulla qualità dei lavori realizzati. Se l'anomalia attiene all'impraticabilità in concreto dell'offerta presentata, il criterio che conduce a tale apprezzamento non può non essere uniforme sull'intero mercato nazionale, a garanzia degli operatori economici i quali debbono poter fare affidamento su regole certe e di portata generale, e a tutela della p.a. che ha l'interesse a che l'opera pubblica sia realizzata al meglio.

La proroga triennale senza gara dei servizi di trasporto locale è una tipica legge-provvedimento che viola direttamente ed immediatamente la tutela della concorrenza, e non la (sola) competenza statale in materia. L'argomento non è senza rilievo, giacché in tal modo si profila un vincolo a carico anche del legislatore statale: esito che stando alla lettera della decisione sarebbe per ora escluso. Eppure la proroga di un contratto è quanto di più discriminatorio possa esserci, perché modifica le "regole del gioco" a procedura definita, altera le condizioni di

eguaglianza tra gli operatori economici, impedisce l'accesso di nuovi soggetti nel relativo mercato. Ma il limite non può non valere anche per il legislatore statale.

### **3. (segue): sui criteri di aggiudicazione degli appalti e sulla loro astratta idoneità ad assicurare la tutela della concorrenza: quale spazio per le stazioni appaltanti?**

Risulta invece utile una riflessione più complessa a proposito della ritenuta impossibilità per la legge regionale di stabilire il criterio di aggiudicazione degli appalti nei lavori sotto soglia comunitaria per le stazioni appaltanti dell'isola.

La Corte costituzionale ha ricordato la disciplina di fonte statale, cioè l'art. 36, co. 9-bis, d.lgs. n. 50/2016, quale modificato dal d.l. n. 32/2019, conv. in l. n. 55/2019; e l'art. 95 sempre del d.lgs. n. 50/2016. Ed ha escluso che il legislatore regionale possa introdurre una normativa che invade la sfera di competenza esclusiva statale in materia di «tutela della concorrenza», ed adottare previsioni in contrasto con quelle del Codice dei contratti pubblici. La legge regionale non potrebbe nemmeno novare la fonte della disciplina.

Epperò, la vicenda si presta ad essere esaminata muovendo dalle soluzioni appunto individuate dal medesimo legislatore statale.

Il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, all'art. 95, Codice contratti pubblici, esprimeva tutto il favore per l'offerta economicamente più vantaggiosa quale appunto criterio usuale di aggiudicazione. Il criterio del minor prezzo risultava residuale e necessitava di specifica motivazione ad opera della stazione appaltante (commi 4 e 5).

Il d.l. 19 aprile 2019, n. 32, conv. in l. 14 giugno 2019, n. 55, ha introdotto il comma 9-bis all'art. 36 del Codice per i contratti sotto soglia comunitaria ed ha disposto che le stazioni appaltanti ne procedano all'aggiudicazione «sulla base del criterio del minor prezzo ovvero sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa», sempre facendo salvo quanto previsto dall'art. 95, comma 5, del Codice, cioè l'obbligo di adeguata motivazione circa il criterio di aggiudicazione adottato.

Non a caso la sentenza ha dovuto ammettere che nell'attuale sistema è demandato alle singole stazioni appaltanti l'individuazione del criterio da utilizzare: «ne risulta che, per gli appalti di lavori, dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 32 del 2019, i due criteri (quello dell'offerta più vantaggiosa e quello del minor prezzo) sono alternativi senza vincoli, e la scelta è appunto rimessa alla stazione appaltante, fatti salvi casi

specifici in cui è mantenuto il primato del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa».

Il punto è importante: per il legislatore statale offerta economicamente più vantaggiosa e minor prezzo sono criteri egualmente idonei ad assicurare la tutela della concorrenza. La scelta tra l'uno e l'altro dovrebbe essere fatta dalla stazione appaltante.

Il problema, allora, diviene quello di stabilire se tale scelta debba essere fatta volta per volta oppure se la stazione appaltante possa pre-determinare in via generale il criterio di aggiudicazione dei contratti.

Ad adottare il primo verso dell'alternativa la soluzione della Corte è, per così dire, assolutamente necessitata: riguardo ad ogni appalto la stazione dovrebbe/potrebbe decidere e magari scegliere criteri di aggiudicazione diversi per ogni procedura. Si tratta della soluzione che valorizza la discrezionalità della p.a.-stazione appaltante e la obbliga a gestire in maniera autonoma ogni vicenda.

Eppure – e qui si passa al secondo corno dell'alternativa – da tempo si è rilevato che il potere discrezionale attribuito ad un'amministrazione le consente di prefissare i criteri della sua azione. Del resto, la tesi di Codacci Pisanelli sul fondamento del potere regolamentare è addirittura del 1888: tra la norma di legge e l'attività concreta vi è uno spazio più o meno ampio; e se la p.a. può agire in applicazione della norma di legge, può anche utilizzare parte di tale spazio lasciatale libero appunto dalla legge per disciplinare la successiva attività. Il principio di imparzialità sancito dall'art. 97 Cost. rafforza tale conclusione: è pressoché necessario che la p.a. predetermini le linee di svolgimento della sua attività. Non a caso a tutti i livelli ed in tanti ambiti si assiste all'esplosione di potestà normative sotto la veste di valorizzazione di fonte regolamentari, direttive, linee-guida e *soft law*, predefinizione di criteri, protocolli, ecc., nel tentativo di limitare la discrezionalità della p.a. ed assicurarne la prevedibilità dell'azione.

Allora non può escludersi che una stazione appaltante definisca in via preliminare il criterio di aggiudicazione che adotterà per gli appalti da stipulare, magari diversificando gli ambiti materiali (servizi, lavori, forniture, ed all'interno di tali categorie introducendo ulteriori distinzioni).

Una volta che per il legislatore statale i criteri di aggiudicazione sono tutti egualmente rispettosi della tutela della concorrenza, deve riconoscersi alla stazione appaltante la competenza a pre-decidere il criterio di aggiudicazione in una sede che per l'appunto acquista carattere e contenuto normativo.

#### 4. Osservazioni conclusive.

Se si accoglie questo esito, alla Regione siciliana non può negarsi la competenza a decidere in via generale e preventiva circa il criterio di aggiudicazione da seguire le volte in cui la stessa Regione è stazione appaltante. Che lo faccia con legge è del tutto naturale. La circostanza, anzi, che la l.r. n. 13/2019 sia successiva al d.l. n. 32/2019 ed alla legge di conversione mostra che la soluzione adottata non contrasta con le scelte fondamentali di merito che sono state decise dal legislatore statale e tra le quali la disciplina regionale si è mossa. Per così dire, la legge siciliana ha assunto uno dei legittimi criteri indicati dal legislatore statale.

Il problema, semmai, è di definire il perimetro delle stazioni appaltanti sottoposte all'applicazione della legge regionale e questo è una questione tuttora attuale. Certamente risultava erronea l'ampia indicazione dell'art. 4 della legge regionale n. 13/2019, che intendeva obbligare le «stazioni appaltanti» operanti «nella Regione siciliana»: tra esse potrebbero essere in astratto comprese anche le stazioni – *id est*: le amministrazioni – statali le quali non possono ritenersi obbligate ad applicare la disciplina regionale.

Se si vuole, il problema è quello di assicurare la necessaria autonomia alla miriade di soggetti pubblici che operano nell'ambito regionale e nei cui confronti pure la Regione siciliana ha inteso negli anni porre obblighi procedurali non indifferenti.

Allora, se la Regione operasse direttamente da stazione appaltante, le andrebbe riconosciuta la competenza a fissarsi il criterio di aggiudicazione. Lo stesso è da dire per le aziende regionali e per gli enti direttamente dipendenti dalla Regione, notoriamente definiti quali strumentali.

Conclusione diversa deve, invece, essere adottata per gli enti locali sulla disciplina dei quali pure la Regione ha competenza esclusiva ai sensi dell'art. 14 dello Statuto speciale; per gli enti e le aziende da questi costituiti; per le Camere di commercio; per gli enti di culto e/o di formazione religiosa, cioè per tutti i soggetti distinti dalla Regione e dotati di un'autonomia qualificata, perché espressioni politiche del territorio ovvero perché dotati di cd autonomia funzionale per la rappresentanza delle categorie produttive, o ancora manifestazioni di ordinamenti originari come gli enti di culto.

Sotto questo profilo risulta di assai dubbia costituzionalità l'art. 2 della legge regionale siciliana n. 11/2012, di recepimento con variazioni del Codice dei contratti pubblici, e che ha preteso di applicarsi ad una miriade di enti con la sola eccezione sostanziale di quelli statali.

Ma appunto a tale conclusione si perviene in considerazione del rilievo da dare all'autonomia di tali soggetti e, quindi, al ruolo di garanzia che assume nei loro confronti la legge dello Stato, e non per la tutela della concorrenza.