

Data di pubblicazione: 25 febbraio 2020

LUIGI RUSSI*

La stazione appaltante nei contratti pubblici tra Stato e Regioni speciali

SOMMARIO: 1. La questione di costituzionalità e la sentenza della Corte costituzionale. – 2. La qualificazione delle stazioni appaltanti. – 3. La competenza dello Stato e delle Regioni a statuto speciale nelle materie incidenti, anche indirettamente, sul profilo della libera concorrenza nel settore dei lavori pubblici.

1. La questione di costituzionalità e la sentenza della Corte costituzionale.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 166 del 2019, ha dichiarato l'incostituzionalità degli articoli 34, 37, 39 e 45, di cui alla legge n. 8 del 13 marzo 2018 della Regione Sardegna, rubricata “*Nuove norme in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*”, per violazione dell’art. 117, secondo comma, lettere e) ed l), della Costituzione.

In particolare, attraverso questa recente pronuncia, la Corte costituzionale ha risolto il conflitto sussistente tra l’art. 45 della sopramenzionata Legge Regionale e l’art. 1, comma 1, del d.l. n. 11/2016 che, sostanzialmente, demanda al legislatore la definizione dei

* Dottore in giurisprudenza.

La stazione appaltante nei contratti pubblici tra Stato e Regioni speciali

criteri per la valutazione della qualità, dell'efficienza e della professionalizzazione delle stazioni appaltanti¹. La norma da ultimo citata, infatti, ha introdotto nel sistema un apposito procedimento di selezione e gestione delle stazioni appaltanti, affidato all'ANAC, che ne assicura la pubblicità². L'art. 45 della legge Regione Sardegna, invece, rubricato "*Qualificazione delle stazioni appaltanti*", ha regolamentato un diverso meccanismo di selezione e gestione delle stazioni appaltanti, evidentemente non conforme a quanto previsto dall'intervenuta normativa nazionale³.

Pertanto, il Presidente del Consiglio dei ministri, ha impugnato le disposizioni normative adottate dal Consiglio Regionale della Sardegna sostenendone l'illegittimità alla luce della giurisprudenza costituzionale che, invece, riconduce le norme sulle procedure di gara, stipulazione e conclusione dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo del 16 Aprile 2016 n. 50, alla materia *della libera concorrenza dell'ordinamento civile*, appartenenti alla potestà legislativa primaria dello Stato ai sensi dell'art. 117, comma secondo, lettere e) ed l), della Costituzione⁴.

La resistente Regione Sardegna ha eccepito, *ex adverso*, una compressione della propria autonomia statutaria, giacché la materia dei lavori pubblici risulterebbe di esclusivo interesse regionale in virtù dell'art. 3, lettera e),

¹ Cfr. art. 1, lettera *bb*), d.l. n. 11 del 2016.

² Sul tema, C. LAMBERTI, *I poteri dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nel riordino della disciplina dei contratti pubblici*, in C. CONTESSA, C. CROCCO (a cura di), *Codice degli appalti e delle concessioni commentato*, Roma, 2016, 141.

³ In tal senso si esprime il giudice delle leggi, nella pronuncia n. 401 del 2007.

⁴ C. CONTESSA, *Dalla legge delega al nuovo 'Codice': opportunità e profili di criticità*, in www.giustamm.it.

legge costituzionale n. 3, del 26 febbraio del 1948, a norma del quale, le Regioni a statuto speciale godono di potestà legislativa primaria nelle materie di esclusivo interesse regionale⁵.

La Corte costituzionale ha accolto il ricorso e ha dichiarato incostituzionali gli articoli impugnati, affermando la riconducibilità delle norme contenute nel codice dei contratti pubblici⁶, regolanti le procedure di gara, la stipulazione e la conclusione dei contratti pubblici, alla materia della libera concorrenza, attribuita alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, nel rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali attuati con le normative interne di settore.

L'intervento della Corte costituzionale, pertanto, appare svolgere una funzione di supplenza rispetto a tutti i soggetti coinvolti⁷. I giudici di legittimità, infatti, in molti casi si sono trovati a dover rimodulare competenze e attribuzioni degli enti confliggenti⁸.

Dunque, l'orientamento assunto dalla giurisprudenza costituzionale, appare finalizzato a svigorire il depotenziamento statale e a rendere

⁵ R. BIN *Lavori pubblici: quanto «intangibili» sono le materie enumerate negli Statuti speciali?*, in www.forumcostituzionale.it.

⁶ Per una ricognizione degli aspetti problematici, A. CARULLO, *Riforma dei contratti pubblici ed autorità di vigilanza: una occasione mancata*, in *Rivista trim. appalti*, n. 4/2006, 791-805.

⁷ Sul tema, P. CARETTI, *La giurisprudenza della Corte costituzionale sui rapporti tra legislazione statale e regionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Roma, 2003, 191, in *Camera dei Deputati – Osservatorio sulla legislazione*, Rapporto 2002 sullo stato della legislazione.

⁸ Cfr. N. VICECONTE (a cura di), *La giustizia costituzionale e il “nuovo” regionalismo*, Atti del Seminario di Studi (Roma, 29 maggio 2012), Milano, 2013. Sull'applicazione del nuovo Titolo V, si veda A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Milano, 2006, 270 ss., in particolare 275, il quale esprime dubbi sul fatto che “una disciplina con queste caratteristiche sia governabile in sede giurisdizionale”.

La stazione appaltante nei contratti pubblici tra Stato e Regioni speciali

coerenti i principi vigenti in materia all'interno dell'assetto delle competenze legislative previste nella Carta repubblicana⁹. In tale orientamento fatto proprio dalla giurisprudenza costituzionale, è sicuramente ravvisabile una accentuata influenza del diritto eurounitario¹⁰, comprensibile alla luce del fenomeno di comunitarizzazione dell'intero ordinamento interno¹¹.

Emblematica appare la materia della tutela della concorrenza¹² e, più in generale, l'intera materia dei contratti pubblici che, più di ogni altra, risulta influenzata dalla normativa di stampo europeo¹³.

2. La qualificazione delle stazioni appaltanti.

Come anticipato, la Consulta, con la sentenza n. 166 del 2019, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 45 della precitata legge sarda, sottolineando le finalità a cui tende la disposizione del codice dei contratti pubblici che introduce la *committenza unica delle stazioni appaltanti*. A parere della Corte, gli artt. 37 e 38 del codice dei contratti pubblici, hanno introdotto, nel *corpus* normativo della contrattualistica pubblica,

⁹ A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quad. cost.*, n. 1/2003, 16 ss. Tali materie godono del privilegio di poter "attraversare tutte le materie" (Corte cost., sent. n. 282 del 2002) o "investire una pluralità di materie" (Corte cost., sent. n. 407 del 2002) in ordine alle quali si manifestano "competenze diverse, che ben possono essere regionali".

¹⁰ Corte cost., sent. n. 7 del 2004.

¹¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 325 del 2010.

¹² A. CARDONE, *Autorità indipendenti, tutela della concorrenza e leale collaborazione: troppi "automatismi" a danno dell'autonomia*, in *Diritto della regolazione dei mercati*, n. 1/2014.

¹³ Sul punto, R. CARANTA, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *www.forumcostituzionale.it*.

un'innovazione fondamentale che assume le vesti di vero e proprio “pilastro” del sistema degli acquisti pubblici¹⁴. In sostanza, il giudice delle leggi, ha messo in rilievo le motivazioni che hanno spinto il legislatore ad introdurre le suddette norme¹⁵.

Infatti, a parere della Consulta, il legislatore ha introdotto le precitate disposizioni del codice dei contratti pubblici, allo scopo di “snellire” il numero totale delle stazioni appaltanti a vantaggio della “qualificazione” delle stazioni stesse. Tanto è vero che, tale qualificazione, è oggi richiesta agli operatori economici e alle amministrazioni aggiudicatrici, nel rispetto di *standard* predefiniti e sistemi premianti che consentono, all'aumentare del livello di qualificazione, la possibilità di appaltare opere, lavori e servizi di importo elevato e di maggiore complessità.

Le finalità cui rispondono la riduzione, l'aggregazione, la centralizzazione e la qualificazione delle stazioni appaltanti appaiono essere molteplici. Tra le più rilevanti, basti pensare ai benefici derivanti dalle economie di scala, dalle attribuzioni alle amministrazioni aggiudicatrici di un maggior potere contrattuale, dall'innalzamento degli *standard* di specializzazione, oltre che, non da ultimo, alle agevolazioni delle missioni dell'ANAC¹⁶, deputate alla prevenzione di fenomeni corruttivi¹⁷.

¹⁴ In argomento, A. GAMBERINI, *I principi dei nuovi contratti pubblici, un quadro d'insieme a due anni dall'entrata in vigore del nuovo codice*, in *www.ItaliaAppalti.it*, 23 Aprile 2018.

¹⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 166 del 2019, al punto 13.2.

¹⁶ M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Astrid*, n. 19/2015, 16 ss.

¹⁷ B. MATTARELLA, M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013. Inoltre, con particolare riferimento alla contrattualistica pubblica, si legga, *ivi*, il contributo di G. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici*, 125 e ss. Per un quadro completo delle misure specifiche (patti di integrità, protocolli di legalità, *white list*, ecc.) riguardanti i contratti

La stazione appaltante nei contratti pubblici tra Stato e Regioni speciali

La Regione Sardegna, invece, con la norma di cui all'art. 45 della legge n. 8 del 13 marzo 2018, ha tentato di modificare il sistema normativo, interno alla Regione, di qualificazione delle stazioni appaltanti, con l'introduzione di un autonomo e non ben precisato sistema di qualificazione, parallelo e distinto rispetto a quello nazionale.

La norma, introdotta dalla Regione e censurata dalla Corte costituzionale, oltre che influenzare l'organizzazione amministrativa interna dell'ente regionale, si è posta in aperto contrasto con l'art. 117, secondo comma, lettera e) e l), Cost., avendo inciso, come visto, su materie di competenza Statale. Peraltro, con l'effetto di incrinare il corretto esplicarsi della libera concorrenza, tanto sul piano regionale quanto su quello nazionale.

3. La competenza dello Stato e delle Regioni a statuto speciale nelle materie incidenti, anche indirettamente, sul profilo della libera concorrenza nel settore dei lavori pubblici.

Quanto al profilo della concorrenza, a parere del giudice delle leggi, appaiono di indubbio rilievo le disposizioni normative contenute all'interno di talune direttive europee. Tra queste meritano di essere rammentate la direttiva 2014/24/UE (art. 69), nonché la direttiva

pubblici, cfr. G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giorn. di Dir. Amm.*, 2015, 325 ss., anche per il *caveat* secondo il quale "le regole della gara non devono essere considerate il mezzo per contrastare la corruzione se questo implica che si perda l'obiettivo principale della selezione dell'offerta migliore" (343); A. VANNUCCI, *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in G.D. COMPORRI (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011, 265 ss.

2014/25/UE (art. 78), riguardante le procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali¹⁸.

Le disposizioni normative appena menzionate hanno posto in rilievo l'importanza, per il mercato comunitario - e, conseguentemente, anche per il mercato interno - di una centralizzazione e aggregazione della committenza, al fine di favorire l'aumento della concorrenza e coadiuvare il processo di professionalizzazione delle commesse pubbliche. Invero, in passato, anche l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, con la Segnalazione n. 99 del 2010, recante «*Proposte di modifiche normative per incrementare la concorrenza nel settore dei lavori pubblici*», aveva avuto modo di pronunciarsi sulla questione. In particolare, precisando che vi è una stretta correlazione tra la qualità della concorrenza di un mercato e la qualificazione delle stazioni che lo compongono. Infatti, l'aggregazione e la qualificazione della committenza incidono indiscutibilmente sull'assetto concorrenziale del mercato, oltre che sulla professionalizzazione della commessa pubblica¹⁹.

Le norme di cui agli articoli 37 e 38 del codice dei contratti pubblici, quindi, anche se indirettamente, incidono sull'essenza dell'assetto normativo, ovverosia risultano determinanti tanto per la concreta realizzazione della *libera concorrenza*, quanto per la salvaguardia del

¹⁸ Si veda, ancora, il punto 13.2 della sent. n. 166 del 2019 precitata. Tra gli altri, affronta le problematiche relative a tali questioni, L. MUZI, *Il riparto di competenza tra stato e regioni in materia di servizio idrico integrato*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012.

¹⁹ Cfr. A. MASSARI, *Il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti nello schema di D.P.C.M.*, in *Rivista Appalti & Contratti*, n. 3/2018, 1 ss.

mercato interno, nel rispetto dei vincoli imposti dal diritto dell'Unione europea.

Invero, è di agevole intuizione, come affermato dalla Corte costituzionale, che il sistema della qualificazione delle stazioni appaltanti incida sull'organizzazione amministrativa della Regione. Anche se, è appena il caso di precisare, ciò non sembra escludere che esso debba essere inquadrato in un ambito materiale connotato dal contestuale concorso di competenze statali esclusive (*tutela della concorrenza e ordine pubblico*) e di competenze concorrenti (*coordinamento della finanza pubblica*)²⁰. Quella della qualificazione delle stazioni appaltanti, infatti, appare essere una di quelle materie comunemente ritenute “di confine”²¹.

In merito, la Consulta ha affermato che non è escludibile una possibile incidenza degli statuti delle Regioni speciali sull'ordinamento degli uffici e degli enti amministrativi, purché ciò avvenga nel puntuale rispetto delle norme statutarie, in assenza delle quali non potrà non applicarsi la

²⁰ Su tale riparto competenziale, cfr., almeno, specie in relazione alla storica sentenza della Corte cost., n. 313 del 2003, E. BALBONI, *Il ruolo degli Statuti: “l'autonomia è la regola, i limiti sono l'eccezione”*, in www.unife.it. Si veda, poi, B. CARAVITA, *La Corte Costituzionale e l'allocazione della potestà regolamentare regionale*, in www.federalismi.it, Editoriale, n. 12/2003; V. COCOZZA, *Osservazioni in tema di potestà regolamentare dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 313 del 2003*, in www.federalismi.it, n. 11/2003; A. LUCARELLI, *Forme di governo e potere regolamentare nel regime transitorio regionale: a margine di Corte cost. n. 313 del 2003*, in *Le istituzioni del Federalismo*, n. 5/2003, 899 ss.; A. RUGGERI, *L'autonomia statutaria al banco di prova del riordino del sistema regionale delle fonti (a margine di Corte cost. n. 313 del 2003)*, in www.forumcostituzionale.it; G. TARLI BARBIERI, *La potestà regolamentare: un bilancio delle scelte statutarie e della loro successiva attuazione*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2009*, Torino, 2010, 10 ss.

²¹ Sul punto, G. CORSO, *La liberalizzazione dell'attività economica non piace alle Regioni. Nota alla sentenza della Corte cost. n. 200 del 2012*, in *Giur. it.*, 2013, 3, 674-678. In merito, anche M. RUOTOLO, *Il riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni, a dieci anni dalla riforma costituzionale*, in *Dir. soc.*, n. 2/2011.

disciplina statale. In presenza di competenze statutarie, alla Regione spetta, principalmente, il dovere di verificare se esse collidano con i limiti posti dalla legislazione nazionale, dagli obblighi internazionali, dagli interessi nazionali e dalle norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica²².

Inoltre, sempre secondo la Corte, le Regioni a statuto speciale nell'esercizio della propria competenza residuale, non possono, neppure indirettamente, derogare a norme riconducibili a competenze esclusive statali²³.

D'altronde, il giudice delle leggi, già in passato, ha più volte avuto occasione di precisare l'ormai pacifico principio secondo cui le disposizioni del codice dei contratti pubblici regolanti le procedure di gara, devono essere ricondotte alla materia della *tutela della concorrenza* di competenza esclusiva dello Stato²⁴.

Alle luce delle argomentazioni della Consulta, l'art. 45 della legge Regione Sardegna n. 8 del 13 marzo 2018, se non fosse stato censurato dalla Corte costituzionale, avrebbe potuto costituire un paradigma normativo in grado di compromettere l'uniformità e la coerenza interna

²² In tal senso, G. SILVESTRI, *Le autonomie regionali speciali: una risorsa costituzionale da valorizzare* (discorso tenuto dal Presidente Silvestri in occasione della seduta solenne in ricordo del 50° dell'Assemblea legislativa regionale, Trieste 26 maggio 2014), consultabile in www.cortecostituzionale.it.

²³ B. GUASTAFERRO, *Potestà regolamentare e riparto di competenze legislative tra dettato costituzionale e prassi giurisprudenziale*, in www.federalismi.it, n. 2/2017.

²⁴ Cfr. Corte cost., sentt. n. 263 del 2016; nn. 187 e 36 del 2013; n. 74 del 2012; nn. 328, 184 e 114 del 2011; nn. 221 e 45 del 2010.

La stazione appaltante nei contratti pubblici tra Stato e Regioni speciali

dettata dalla legislazione comunitaria e nazionale in materia di pubblici appalti²⁵.

Dunque, l'orientamento assunto dai giudici costituzionali, sembrerebbe finalizzato ad affermare il principio di diritto secondo cui, il dovere di stabilire l'assetto normativo idoneo alla qualificazione e al controllo degli operatori economici che compongono il mercato nazionale, non può che spettare al legislatore statale²⁶. E tanto, al fine di salvaguardare non soltanto i principi eurounitari di libera concorrenza e ordine pubblico, ma anche i singoli operatori economici operanti nel mercato interno²⁷.

Dinanzi a tali superiori esigenze di ordine sistematico, la potestà legislativa delle Regioni a statuto speciale non può che arrestarsi, trovando un limite invalicabile nella unità e indivisibilità della Repubblica²⁸.

²⁵ L. DI MAJO, *Regionalismo differenziato: una questione di metodo, prima ancora del merito*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020.

²⁶ In argomento, M. BRAGAGLIA, *Mercato e cooperazione sociale. Spiragli per una diversa concezione della concorrenza alla luce dei principi costituzionali*, in *Rivista AIC*, n. 1/2012.

²⁷ Cfr. A. PATRONI GRIFFI, *La "questione" regionale e il futuro dell'Europa*, in S. PENSABENE LIONTI (a cura di), *Tutela dei diritti e policentrismo giuridico tra rivendicazioni regionalistiche e dinamiche dell'integrazione comunitaria*, Torino, 2008, 236. In questo senso, anche P. COSTANZO, *Le Regioni tra tendenze evolutive e prospettive future*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 8 febbraio 2019, e A. PIRAINO, *Ancora su regionalismo differenziato: ruolo del Parlamento ed unità ed indivisibilità della Repubblica*, in *www.federalismi.it*, n. 8/2019, 4.

²⁸ A. PIRAINO, *op.ult. cit.*, 5 ss.; G. VERDE, *Uniformità e specialità delle Regioni*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2015, 1 ss.