

La legge con cui la regione ha recepito il codice dei contratti pubblici non convince in molti punti

Appalti, la Sicilia è fuori strada Solo il criterio del prezzo più basso garantisce scelte oggettive

DI GIOVANNI TULUMELLO*

In un'epoca in cui anche le scelte di politica economica, tradizionale espressione di sovranità territoriale, vengono decise non più dagli stati nazionali ma a livello Ue, la materia della concorrenza è oggetto di tentativi in controtendenza, finalizzati ad affermare uno spazio di autonomia normativa regionale in materia di appalti pubblici. La Regione Sicilia ha infatti recentemente promulgato la legge regionale 12 luglio 2011, n. 12, con cui ha disciplinato il recepimento in Sicilia del codice dei contratti pubblici. Per costante giurisprudenza costituzionale, relativa anche alle regioni ad autonomia speciale, la disciplina degli appalti pubblici, essendo relativa alla tutela della concorrenza, è di competenza esclusiva statale: dunque il codice statale si sarebbe comunque applicato e, in buona parte, si applica già, in Sicilia, indipendentemente da una legge regionale di recepimento. L'iniziativa sarebbe comunque lodevole, se il legislatore regionale avesse disposto l'applicazione tout court del Codice, risolvendo così un problema di certezza del diritto.

Così però non è, perché la legge regionale siciliana si discosta dalla normativa statale fra l'altro in materia di scelta fra i criteri di aggiudicazione (art. 19), al dichiarato scopo di ampliare lo spazio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e di ridurre quello del prezzo di più basso.

Il criterio di aggiudicazione è il cuore della procedura di gara, quello che determina a monte il gioco della concorrenza: sicché è difficile ipotizzare, almeno (ma non solo) per gli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria, uno spazio per la legislazione regionale, a voler considerare la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di potestà legislativa delle regioni ad autonomia speciale nella disciplina degli appalti (sentenze 45/2010, 114/2011, 184/2011).

I due criteri non sono poi arbitrariamente opzionabili, ma hanno campi d'applicazione diversi, in funzione dell'oggetto della prestazione contrattuale, e la scelta fra gli stessi (in certo

senso vincolata in relazione a tali caratteristiche: Consiglio di stato, sentenza 11 agosto 2010, n. 5624) non si presta ad essere artificialmente alterata, pena l'irragionevolezza del complessivo disegno normativo.

Si legge nella relazione di accompagnamento che in realtà la nuova legge avrebbe inteso recepire alcuni indirizzi applicativi dell'Autorità di vigilanza: ma se il legislatore siciliano avesse davvero voluto introdurre una disciplina della scelta fra i criteri compatibile con quella statale, non ha reso un buon servizio alla chiarezza e alla certezza del diritto, giacché si sarebbe potuto limitare a trasporre quest'ultima nel territorio regionale (tanto che viene da chiedersi il senso di una disciplina differenziata su base locale, se questa ha davvero un contenuto non dissimile da quella statale).

In realtà in detta relazione si chiarisce anche che si è inteso ridurre possibili spazi «di infiltrazione della criminalità organizzata» nel sistema degli appalti, mediante l'introduzione di «disposizioni diverse rispetto all'ordinamento statale in materia di criteri di aggiudicazione», nel senso di una estensione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In realtà è vero esattamente il contrario: è il criterio del prezzo più basso quello che garantisce una selezione oggettiva, priva di valutazioni discrezionali (il rischio di ribassi eccessivi è del resto efficacemente contrastato

dalla verifica di anomalia, condotta alla stregua di parametri tecnici e non propriamente discrezionali), che invece entrano inevitabilmente in gioco, in sede di predisposizione del bando, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Tanto che coerentemente con tale rilievo il legislatore statale ha da poco provveduto ad arretrare la soglia della tutela penale dall'effetto dell'infiltrazione criminale (la «turbata libertà degli incanti»), alla causa della stessa (la «turbata libertà del procedimento di scelta del contraente»): vale a dire, a un uso strumentale della discrezionalità in sede di predeterminazione delle condizioni di aggiudicazione (art. 353-bis, cod. pen., introdotto dall'art. 10 della legge 13 agosto 2010, n. 136).

Ciò che impedisce l'infiltrazione criminale non è lo stravolgimento delle regole statali (rispondenti a caratteristiche oggettive della gara), ma una consapevole e coerente applicazione delle stesse in sede amministrativa.

Tra l'altro, il legislatore siciliano, che pure afferma di essere stato mosso dalla volontà di contrastare le infiltrazioni criminali negli appalti pubblici - ha mancato questa occasione di riordino

e coordinamento normativo fra legislazione statale e regionale per superare il contrasto fra la disciplina regionale (legge regionale 20 novembre 2008, n. 15), e quella statale (legge 13 agosto 2010, n. 136) della tracciabilità dei pagamenti dei corrispettivi degli appalti.

Considerato che la disciplina statale appare assistita da maggior rigore sanzionatorio per l'ipotesi di contratti non rispondenti agli obblighi legali (in caso di mancata riproduzione nel contratto di appalto degli obblighi di tracciabilità, l'art. 3, comma 8, della legge 136/2010 ne prevede la nullità assoluta, mentre l'art. 2, comma 2, della l.r. 15/2008 la mera risolubilità), il dichiarato sforzo di contrasto alle infiltrazioni criminali avrebbe implicato anche in questo caso un coerente superamento della specificità siciliana in favore dell'integrale recepimento della normativa statale.

**vicepresidente
dell'Associazione nazionale
magistrati amministrativi*

