

La disciplina dei contratti pubblici: le esperienze nazionale e siciliana a confronto*

Sommario: 1. Il recepimento delle direttive europee sui contratti pubblici nell'esperienza nazionale. – 2. L'attuazione delle direttive tra Stato e regioni. – 3. Il ruolo delle autonomie speciali. – 4. L'attuazione in Sicilia mediante la tecnica del rinvio. – 5. Le eccezioni al rinvio dinamico. – 6. *segue*. Il nodo dei criteri di aggiudicazione. – 7. Nuovi e vecchi limiti nella giurisprudenza costituzionale. – 8. Violazioni e sanzioni, tra forma e sostanza.

1. *Il recepimento delle direttive europee sui contratti pubblici nell'esperienza nazionale.*

Il tema assegnatomi si colloca nel punto di congiunzione tra il discorso, più generale, sul riparto tra Stato e regioni nel recepimento del diritto europeo dei contratti pubblici e quello, più specifico ma non meno ampio e critico, del modo in cui si è realizzata l'autonomia siciliana nello stesso ambito di materia.

Parto dal recepimento delle direttive europee in materia di appalti pubblici, avvenuto attraverso un numero crescente di disposizioni, solo in parte giustificate in nome della specialità italiana, lungo un processo attuativo che ha raggiunto il parossismo con il codice dei contratti del 2006 e con il regolamento del 2010, ma che il nuovo codice del 2016, al di là delle intenzioni e degli annunci, non sembra aver arrestato. Se è vero che al numero leggermente più ridotto degli articoli corrisponde una vasta gamma di disposizioni (emblematico è l'art. 106 che riassume larga parte della disciplina dell'esecuzione del contratto), che il tempo potrà solo accrescere, e che il carico regolatorio è destinato a concentrarsi e a disperdersi nelle linee guida dell'ANAC¹.

Ipergrafia normativa, come da più parti ripetutamente sottolineato.

Il recepimento è avvenuto tradizionalmente nel segno della rigidità e della apparente severità delle regole, pensate per lo più per imbrigliare i protagonisti della gara in un rapporto ingessato di separatezza, alimentato dal sospetto che l'asimmetria informativa, tra parte pubblica e parti private, si possa governare alzando un muro. In questa prospettiva, a partire dalla Legge Merloni in poi, si

*Il presente scritto costituisce una versione riveduta ed ampliata della relazione svolta al convegno *Il codice dei contratti pubblici e le autonomie regionali. Il modello Siciliano* il giorno 17 febbraio 2017.

¹ Per un inquadramento generale sul nuovo codice, R.DE NICTOLIS, *Il codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, in www.Federalismi.it 19/2016. Per una sintesi della vicenda storica, dall'Unità d'Italia ai giorni nostri, si v. S.FANTINI-H.SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2017, 3 ss.

sono privilegiate soluzioni all'insegna del carattere vincolato del potere esercitato dalle stazioni appaltanti, limitando il più possibile la discrezionalità degli amministratori, la cui azione sarebbe stata tanto più virtuosa quanto più fosse stata regolata da automatismi (ne sono degli esempi il criterio del prezzo più basso nell'aggiudicazione delle gare e le esclusioni automatiche nella verifica di anomalia).

L'autonomia della p.a. declinata in astratto (art., 1 comma 1 bis, della l. 7 agosto 1990, n. 241), è stata compressa e negata in concreto.

Inutile ricordare come il diritto europeo, almeno al principio della vicenda nei primi anni '70 del secolo scorso, andasse in un'altra direzione. Verso una regolazione contenuta, per principi, che si è andata peraltro ampliando con le ultime direttive del 2004 e del 2014, significativamente più lunghe e precedute da un numero imponente di considerando che risentono dello sforzo di coniugare sollecitazioni e inclinazioni differenti. E verso una regolazione che lascia largo spazio alle stazioni appaltanti, che avrebbero dovuto e dovrebbero applicare tali direttive rifuggendo da automatismi e ricercando, piuttosto, soluzioni prese nel contraddittorio con le parti (si possono portare ad esempio il dialogo competitivo e lo sdoganamento della procedura negoziata, purché preceduta dalla pubblicazione di un bando).

2. *L'attuazione delle direttive tra Stato e regioni.*

Il recepimento è avvenuto attraverso le leggi dello Stato, di cui i regolamenti governativi a lungo sono stati un'appendice fondamentale. Non solo nei primi decenni, vigente l'originario titolo V della Costituzione nel quale quella dei lavori pubblici di interesse regionale era una materia attribuita alla potestà legislativa concorrente delle regioni (quindi soggetta ai principi dettati dal legislatore statale, in termini che sappiamo erano stati intesi in modo estensivo); ma anche dopo, teorizzando che i lavori pubblici, che il nuovo art. 117 non menziona, più non fossero una materia (autonoma e, quindi, residuale, di competenza esclusiva delle regioni²) ma un settore applicativo innominato inerente a materie diverse, di volta in volta riservate allo stato o alle regioni, delle quali l'attività contrattuale pubblica costituisce uno strumento, un mezzo (23 novembre 2007, n. 401, ma prima ancora nella fondamentale 1° ottobre 2003, n. 303, concetto ribadito con la 29 gennaio 2004, n. 49)³.

² Nel senso della residualità a favore delle regioni L.TORCHIA, *La potestà legislativa delle regioni*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; in senso contrario P.STELLA RICHTER, *I lavori pubblici dopo la riforma del titolo V della costituzione: competenza dello Stato e competenza delle Regioni*, in *Giust. Civ.*, 2002, 411.

³ Secondo la tesi avanzata in dottrina, tra gli altri, da F.CINTIOLI, *I Lavori pubblici e la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Urb. e appalti*, 2002, 506 e S.NICODEMO, *I lavori pubblici: una materia frantumata?*, in *Quaderni cost.*, 2003, 363.

Con la precisazione che, quello che è stato definito come un “processo di evaporazione” della materia⁴, era già cominciato prima della riforma del titolo V, in occasione delle riforme Bassanini nella seconda metà degli anni '90, suggellato dalla scomposizione del Ministero per i lavori pubblici che sin dal 1861, anno della sua istituzione, aveva giustificato l'unitarietà della materia e accompagnato la storia dello Stato italiano.

Non solo. Le norme del codice dei contratti del 2006 - ma il ragionamento vale anche per il codice del 2016 dove, anzi, vi è un espresso richiamo in tal senso nell'art. 2 – sono in larga parte riconducibili, funzionali, a due macro materie riservate alla potestà esclusiva dello Stato: la tutela della concorrenza, per quanto attiene alla fase pubblicistica di scelta del contraente, che va dal bando all'aggiudicazione (e che ricomprende la qualificazione e la selezione dei concorrenti), e l'ordinamento civile, ovvero il diritto privato, per quanto concerne la fase privatistica che ha inizio con la stipulazione e attraversa l'intera esecuzione del contratto. Oltre che alla materia “giurisdizione (...) e giustizia amministrativa” per tutto quanto attiene al contenzioso.

Alle regioni rimane ben poco: sul piano legislativo, un po' di programmazione e di progettazione, facendo appello per lo più alla potestà concorrente in materia di governo del territorio; la composizione delle commissioni di gara; i profili organizzativi interni alle regioni. Spazi maggiori potrebbero residuare sul versante amministrativo, anche seguendo alcune indicazioni contenute nel nuovo codice (v. art. 29, comma 3).

E, del resto, dopo la riforma costituzionale del 2001 le iniziative delle regioni su questo fronte si sono diradate (in precedenza si erano avute leggi regionali sui lavori pubblici degne di menzione in Lombardia, Marche, Piemonte), concentrandosi per lo più sulla disciplina del finanziamento degli interventi (Puglia 2011, Veneto 2003). C'è stato un tentativo più ambizioso della Campania nel 2007, con norme relative alle procedure di aggiudicazione, alla qualificazione dei concorrenti, all'avvalimento, che non ha retto al giudizio della Corte costituzionale (22 maggio 2009, n. 160).

3. Il ruolo delle autonomie speciali.

Questa costruzione teorica è stata applicata anche nei confronti delle regioni a statuto speciali, sebbene tutti e cinque gli statuti (delle regioni) speciali prevedano la materia dei lavori pubblici di interesse regionale come devoluta alla competenza legislativa esclusiva dell'ente. Per

⁴ Da R.BIN, *Lavori pubblici: quanto intangibili sono le materie enumerate negli statuti speciali?*, in *Le Regioni*, 2010, 1148.

cui, tenuto conto anche della norma di garanzia di cui all'art. 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, la regione ha un titolo di legittimazione ad intervenire, a legiferare

Ebbene, ciononostante, si è registrato nella giurisprudenza costituzionale un processo di livellamento – qualcuno ha parlato di appiattimento – delle autonomie speciali sull'autonomia ordinaria. Infatti, quando non si è fatto ricorso alle materie statali della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile (1° agosto 2008, n. 322 e 17 dicembre 2008, n. 411), si è motivato che le disposizioni del codice dei contratti costituiscono diretta attuazione dei principi del Trattato e del diritto che ne è derivato, attraverso le direttive. E che, inoltre, le medesime disposizioni vanno ascritte all'area delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali, così recuperando una categoria che all'indomani della riforma costituzionale era sembrata dovesse finire in soffitta. E poiché gli statuti (per la Sicilia l'art. 14 ha una formulazione diversa, che risente dell'epoca, precedente alla Costituzione, in cui fu redatto⁵) richiamano entrambi i suddetti limiti tradizionali, le disposizioni del codice hanno natura di parametro interposto, che riempie di contenuti i limiti statutari (12 febbraio 2010, n. 45, 7 aprile 2011, n. 114, 22 novembre 2011, n. 328, 20 marzo 2013, n. 36).

Quindi, che ci si arrivi attraverso la via nuova della tutela della concorrenza o quella vecchia dei limiti statutari poco importa, la conclusione è sempre la stessa: le regioni speciali possono intervenire ma non possono dettare discipline difformi.

Possono intervenire per dire le stesse cose o per dire qualcosa di più (si intende, in senso pro-concorrenziale), ma nel secondo caso, quel qualcosa di più non deve invadere altri territori e scontrarsi con altri limiti.

Si tratta di una giurisprudenza mossa da una evidente e dichiarata finalità di omogeneità e di uniformità, particolarmente avvertita in un ambito, quello dei contratti pubblici, caratterizzato come noto da un avanzato processo di armonizzazione a livello europeo, che investe peraltro la disciplina non solo sostanziale ma anche processuale della materia.

Una omogeneità giudicata incompatibile con qualunque altra soluzione nel segno della specialità. Lo dimostra, per fare un solo esempio, il caso dell'esclusione automatica in tema di offerte anomale. La Corte ha dapprima giudicato incostituzionale una norma della regione Campania che, difformemente dalla legislazione statale, prevedeva simile esclusione anche quando il numero delle offerte ammesse fosse inferiore a dieci (3 giugno 2009, n. 160); per poi decidere allo stesso modo anche nei confronti di una norma della regione Friuli Venezia-Giulia recante la stessa previsione (7 aprile 2011, n. 114).

⁵ Lo Statuto fu approvato con r.d.l. 15 maggio 1946, n. 455, prima delle elezioni dell'Assemblea costituente del 2 giugno, e gli fu conferita natura di legge costituzionale con la l.c. 26 febbraio 1948, n. 2.

Dal momento che negli statuti mancano invece puntuali riferimenti agli appalti di servizi e di forniture, per essi l'uniformità sembrerebbe da intendere in un senso ancora più pregnante. Nel caso della Sicilia, tuttavia, è stata prospettata la tesi di una competenza legislativa concorrente, sulla base di alcuni riferimenti desunti dall'art. 17, comma 1, lett. g) ed i) dello Statuto. Anche se fosse da accogliere, molto difficilmente questa tesi muterebbe i termini della questione, riproponendosi la legislazione statale in forma di "limite"⁶.

4. *L'attuazione nella regione siciliana mediante la tecnica del rinvio*

La negazione o la compressione della specialità in materia di contratti pubblici è parte, per quanto significativa, di una vicenda più ampia che ha riguardato l'intera esperienza dell'autonomia speciale siciliana. Dove si è rimproverato al legislatore regionale da un lato - specie negli ultimi decenni, dopo che invece nei primi anni dell'esperienza statutaria non erano mancati tentativi ambiziosi (ad esempio, in agricoltura o nell'industria) - una certa latitanza (per esempio in materia urbanistica)⁷; dall'altro, quando e dove è invece intervenuto, l'averlo fatto dimostrando una certa autoreferenzialità nell'individuazione delle soluzioni⁸.

Nell'ambito dei contratti pubblici e della loro disciplina nell'ordinamento siciliano, ritardi e soluzioni "speciali" si sono avvicendati e intersecati.

Ritardi in primo luogo, se pensiamo che le prime norme furono approvate nel 1978 e che il primo intervento organico si ebbe solo con la l. 21 aprile 1985, n. 21⁹. Dopodiché il recepimento della Legge Merloni del 1994 avvenne solo nel 2002, con la l. n. 7 del 2 agosto¹⁰, e per giunta attraverso un rinvio di tipo statico e non dinamico¹¹, cui si accompagnavano numerose eccezioni (ad esempio riguardo alle procedure di scelta del contraente, alle varianti in corso d'opera, al collaudo, alla finanza di progetto). Staticità del rinvio, competenza esclusiva, inerzia del legislatore – si è osservato – hanno finito per determinare un vero e proprio iato tra ordinamento nazionale e

⁶ M.MAZZAMUTO, *Profili di (in)costituzionalità della disciplina degli appalti pubblici*, in questa rivista, 1/2012, 67.

⁷ S.RAIMONDI, *Opportunità e contraddizioni dell'autonomia siciliana*, *ivi*, 2/2015, 212.

⁸ S.PAJNO, *Il fallimento dell'esperienza della specialità siciliana e le condizioni della sua prosecuzione*, *ivi*, 2-3/2009, 400.

⁹ "Norme per l'esecuzione dei lavori pubblici in Sicilia", che si componeva di ben 55 articoli.

¹⁰ "Norme in materia di opere pubbliche. Disciplina per gli appalti di lavori pubblici, di fornitura, di servizi e nei settori esclusi". La legge si componeva di 44 articoli ed abrogava quasi interamente la n. 21 del 1985.

¹¹ Sulla tecnica del recepimento in generale, sottolineando già allora come l'evoluzione della normativa (comunitaria) fosse tale da non dare sosta a questa logica normativa, G.VERDE, *Commento all'art. 1*, in R.CONTI (a cura di), *La nuova legge sugli appalti pubblici in Sicilia*, Milano, Ipsoa, 2003, 19.

quello regionale, che è venuto riducendosi solo in epoca recente, a partire dalla l.r. 12 luglio 2011, n. 12¹².

Si è già ricordato come l'art. 14 lett. g) dello Statuto siciliano, come ricordato precedente la Costituzione repubblicana, menzioni i lavori pubblici (ma non i servizi e le forniture) tra le materie riservate alla competenza legislativa esclusiva della regione, sebbene nei limiti della Costituzione¹³.

In epoca più recente la specialità si è tradotta in una disciplina in parte integrativa e in altra parte derogatoria dettata dalla regione siciliana attraverso la già menzionata legge n. 12 del 2011, con cui è stato recepito il codice dei contratti del 2006, operando un rinvio, questa volta, dinamico. Dopo che un disegno di legge più ambizioso approvato dall'Assemblea regionale nel 2010 era stato impugnato dal Governo.

Le eccezioni al rinvio dinamico, alla stregua dell'originario art. 1 della l. 12/2011, riguardavano (e riguardano) le comunicazioni all'osservatorio per gli appalti di maggiore consistenza, la commissione giudicatrice, la programmazione dei lavori pubblici, l'adeguamento dei prezzi (artt. 4, 6, 8, 9). Si tratta di una normativa già contenuta nella l. r. 7/2002.

In ultimo, l'art. 24 della l.r. 17 maggio 2016, n. 8 ha perpetuato questo stato di cose, confermando il rinvio dinamico alla normativa statale frattanto mutata – il nuovo codice dei contratti di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in luogo del vecchio codice del 2006 - con un numero ancora più limitato di eccezioni.

5. Le eccezioni al rinvio dinamico.

Di quali eccezioni parliamo?

Di eccezioni riguardanti per lo più soluzioni di tipo organizzativo.

Come la creazione di un apposito dipartimento regionale nell'ambito dell'Assessorato regionale delle infrastrutture e della mobilità, i cui compiti sono indicati all'art. 4 e concernono la raccolta di informazioni in funzione di pubblicità e vigilanza; alcuni di questi compiti presentano

¹² Come sottolineato in A.RUGGERI- G.VERDE (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della regione Sicilia*, Torino, Giappichelli, 2012, 180. A testimonianza dell'iniziale posizione fortemente autonomistica della Regione si vedano il parere dell'Ufficio legislativo e legale della Presidenza della Regione del 4 agosto 2006 n. 13583 e la conforme circolare dell'assessorato LL.PP. del 18 settembre 2006.

¹³ Merita ricordare come già nei primi anni di attuazione dello Statuto la Regione avesse provato a dare un'interpretazione estesa del proprio titolo di competenza in materia, sin dalla legge approvata dall'Assemblea regionale il 4 aprile 1952 concernente "istituzione dell'albo regionale degli appaltatori di opere pubbliche", che l'allora Alta Corte per la Regione siciliana (antesignana per la Sicilia della Corte costituzionale e che quest'ultima avrebbe dichiarato venuta meno con la sentenza 25 febbraio 1957, n. 38), con decisione del 18 novembre 1952, giudicò in contrasto con l'art. 14 lett. g) dello Statuto nella parte in cui venivano escluse dal suo ambito solo le grandi opere d'interesse prevalentemente nazionale, ordinate e appaltate dallo Stato, e non anche quelle della stessa natura ordinate ed appaltate da altri enti come, ad esempio, la Cassa per il Mezzogiorno.

punti di contatto con l'attività dell'ANAC cui fa riferimento, mantenendo ancora la vecchia dizione, l'art. 3.

Uno spazio di autonomia è ricercato anche attraverso la disciplina della programmazione (art. 6), dei bandi-tipo (7), della commissione giudicatrice (8), del ruolo e delle funzioni dell'ufficio regionale per l'espletamento di gare per l'appalto di lavori-Urega (9), che si compone di ben 35 commi), articolato in una sezione centrale e in sezioni provinciali, quale struttura del dipartimento di cui all'art. 4.

L'Urega è una struttura intermedia del Dipartimento regionale tecnico dell'Assessorato regionale delle infrastrutture, che svolge attività servente a beneficio delle stazioni appaltanti: attività endoprocedimentali che comprendono il controllo circa il possesso dei requisiti di partecipazione, con l'eventuale soccorso istruttorio, l'esame e la valutazione delle offerte, sino alla adozione della proposta di aggiudicazione che è trasmessa alla stazione appaltante, cui spetta invece l'adozione del provvedimento di aggiudicazione. Ne consegue che dell'esito finale del procedimento è responsabile la sola stazione appaltante, unica legittimata passiva nel giudizio proposto contro l'aggiudicazione (v., tra le tante, Cgars, 14 aprile 2016, n. 94, 20 novembre 2015, n. 665).

L'Urega non è una centrale di committenza ma un ausilio, un supporto, offerto alle stazioni appaltanti, in relazione agli appalti più importanti. Ci sarebbe da chiedersi come siano destinati ad incidere, sul funzionamento dell'Urega, i fenomeni della qualificazione delle stazioni appaltanti e quelli dell'aggregazione delle medesime e della centralizzazione degli acquisti. Tutti fenomeni che muovono da una matrice comune – l'eccessiva frammentazione delle stazioni appaltanti, molte delle quali non sono in grado di far fronte alla complessità delle procedure ad evidenza pubblica, e quindi il diffuso bisogno di razionalizzazione – ma che del problema offrono poi soluzioni differenti sul piano organizzativo.

Altre previsioni speciali hanno ad oggetto il prezzario regionale (10), l'albo unico regionale per i professionisti (12), riconducibili l'uno alla materia "ordinamento civile" e l'altro alla "tutela della concorrenza"¹⁴.

6. segue. Il nodo dei criteri di aggiudicazione.

Uno dei nodi più critici sul quale si è esercitata l'autonomia siciliana concerne la disciplina dei criteri di aggiudicazione della gara, nell'alternativa tra il prezzo più basso e l'offerta

¹⁴ E quindi di dubbia costituzionalità secondo M.MAZZAMUTO, *op. cit.*, 70-73.

economicamente più vantaggiosa, con una tradizionale preferenza, neanche troppo velata, per il primo criterio.

All'indomani del recepimento della Merloni si registrarono in Sicilia enormi ribassi, di cui era sin troppo evidente l'insostenibilità o in alternativa la scarsa serietà e veridicità. Nel tentativo di porre un argine a questa deriva il legislatore regionale introdusse un meccanismo di calcolo delle medie del tutto peculiare. La l.r. 29 novembre 2005, n. 15 prevedeva infatti che:

"Relativamente ai soli appalti di lavori pubblici di valore inferiore alla soglia comunitaria, l'amministrazione interessata aggiudica l'appalto all'offerta che più si avvicina per difetto alla media aritmetica delle offerte rimaste dopo l'esclusione automatica delle offerte di maggiore o minor ribasso, nella percentuale determinata come segue. Per la determinazione di tale percentuale, la commissione aggiudicatrice, dopo la fase di ammissione delle offerte, in pubblica seduta, sorteggia un numero intero da 11 a 40. Il numero sorteggiato costituisce la percentuale delle offerte di minor ribasso da escludere; la differenza tra 50 e il numero sorteggiato costituisce la percentuale delle offerte di maggior ribasso da escludere. I numeri delle offerte da escludere corrispondenti a tali percentuali sono determinati senza tener conto di eventuali cifre decimali. La procedura di esclusione automatica non è esercitabile qualora il numero di offerte valide risulti inferiore a cinque. Ove si sia in presenza di più aggiudicatari con offerte uguali, si procede immediatamente al sorteggio".

Il risultato fu che da (una situazione di) enormi ribassi si passò ad un fenomeno diffuso di ribassi, più contenuti ma tutti o quasi tutti concentrati su valori intorno al 7,3%, e comunque compresi all'interno di pochi millesimi di punto. Fenomeno stigmatizzato dal Cgars in una serie di ordinanze del 2008 nelle quali si disponeva la trasmissione degli atti in Procura potendo ravvisarsi, nella dinamica dei fatti, gli estremi del reato di turbata libertà degli incanti. Una questione di l.c. fu sollevata dal Tar Sicilia, con ordinanza del 30 luglio 2007, in relazione agli artt. 3, 41 e 97 Cost. – lamentando come un simile calcolo della soglia non fosse ancorato ad alcuna rappresentazione del mercato dei lavori pubblici ma a dati numerici del tutto casuali – ma non fu esaminata nel merito dalla Corte costituzionale perché nel frattempo era stata modificata la norma, dalla l.r. 21 agosto 2007, n. 20.

Che i meccanismi di aggiudicazione, in caso di massimo ribasso, siano un nervo scoperto in Sicilia è dimostrato, più di recente, dalle modifiche intervenute nel 2015, all'art. 19 della l.r. 12/2011, che si erano concentrate sulla verifica di anomalia dell'offerta, con disposizioni che prevedevano:

- l'esclusione in via automatica nei casi di anomalia dell'offerta in gare da aggiudicarsi al prezzo più basso per appalti non transfrontalieri;

- modalità particolari di individuazione e calcolo della soglia, secondo un criterio matematico diverso da quello codicistico-nazionale;
- la riscoperta delle giustificazioni da allegare alle offerte, anche qui in controtendenza rispetto al quadro nazionale dove le stesse inizialmente previste erano state abolite;
- la necessità che fosse indicato un utile di impresa che non sarebbe potuto scendere al di sotto una determinata percentuale minima;
- il rinvio, quanto alle modalità procedurali della verifica di anomalia, ad un successivo decreto assessoriale.

Tali modifiche erano animate da intendimenti comprensibili e anche condivisibili sul piano generale, non solo a garanzia della serietà delle offerte e della loro sostenibilità ma anche per offrire un rimedio per i casi di accordi collusivi tra imprese che la vicenda, appena ricordata, dei ribassi tutti attorno al 7,3% rivelava come assai diffusi. Quelle stesse modifiche sono state peraltro abrogate dallo stesso legislatore regionale a maggio del 2016, dopo pochi mesi di vigenza, al pari dell'intero art. 19. Ad imitazione di un certo modo di legiferare del legislatore statale, nel segno della instabilità e di una codificazione sempre mutevole, il che contraddice il senso stesso della codificazione.

Corte costituzionale 14 dicembre 2016, n. 263, dopo aver ritenuto che la recente abrogazione non comportasse la cessazione della materia del contendere e dopo aver ricordato i propri precedenti, ha accolto il ricorso proposto in via principale dal Governo, sul rilievo che tutte queste modifiche avessero introdotto una disciplina difforme da quella racchiusa, a livello statale, nel codice dei contratti del 2006.

La sentenza della Corte è molto stringata e si ferma qui.

Non ha potuto affrontare, perché non prospettate in quel caso, altre questioni che vengono alla mente, come ad esempio quella relativa alla riserva di amministrazione: principio che viene minato da disposizioni di legge troppo dettagliate, che imbrigliano l'azione amministrativa nonostante che le nuove direttive si rivolgano in primo luogo proprio alle amministrazioni appaltanti, riconoscendo loro un margine di azione più ampio rispetto al passato.

7. Nuovi e vecchi limiti nella giurisprudenza costituzionale.

Il tema della normazione regionale che pone regole di dettaglio, invadendo territori riservati al legislatore statale e al contempo appesantendo lo svolgimento della gara, è presente anche in una un'altra pronuncia della Corte costituzionale, la 12 marzo 2015, n. 33 che ha deciso una questione

incidentale di l.c. sollevata dal Tar Sicilia e dal Cgars, che verteva sull'art. 2 della legge siciliana 20 novembre 2008, n. 15 modificata dall'art. 28 della legge 14 maggio 2009, n. 6.

Si era stabilito che per gli appalti di importo superiore a 100.000 euro, i bandi di gara prevedessero, a pena di nullità, l'obbligo per gli aggiudicatari di indicare un numero di conto corrente unico sul quale gli enti appaltanti avrebbero dovuto far confluire tutte le somme relative all'appalto. L'aggiudicatario si sarebbe dovuto avvalere di tale conto, per tutti i pagamenti e il mancato rispetto di questo obbligo avrebbe comportato la risoluzione del contratto.

La risoluzione era prevista altresì nei casi in cui il legale rappresentante o uno dei dirigenti dell'impresa aggiudicataria fossero rinviato a giudizio per favoreggiamento in reati di mafia.

Tre erano le questioni portate all'attenzione degli interpreti:

(i) la possibilità di una scioglimento del contratto in assenza di una sentenza di condanna ma sulla base di indizi, per quanto gravi; (ii) l'ammissibilità di un sistema di tracciabilità dei flussi e dei pagamenti corredato da sanzioni automatiche in caso di violazioni; (iii) il regime di validità dei bandi, tra nullità e annullabilità, disapplicazione e (onere di) impugnazione.

La censura della Corte si è appuntata, anche in questo caso, sulla violazione delle regole di riparto tra Stato e regioni, sul rilievo che l'ordine pubblico e della sicurezza da un lato, l'ordinamento civile dall'altro, sono materie riservate entrambe alla competenza esclusiva del legislatore statale. Con la conseguenza, di non poco conto, che in tali ambiti alla regione sarebbe precluso qualunque intervento a promozione della legalità, quand'anche attraverso una più severa disciplina che tenesse conto della peculiarità delle condizioni della Sicilia.

8. *Violazioni e sanzioni, tra forma e sostanza.*

Non si affronta nella sentenza appena richiamata il tema, pure evocato dal giudice remittente, della violazione del principio di proporzionalità tra fine perseguito e mezzo impiegato.

Questo principio è a rischio in tutti i casi di esclusioni automatiche o di automatismo espulsivo per inosservanza delle regole della gara. Che sia il sospetto di anomalia o il possesso dei requisiti di partecipazione.

Almeno un cenno deve farsi alla vicenda dei protocolli di legalità nel quadro, più in generale, del tormentato capitolo delle esclusioni dalla gare disposte per violazioni, spesso formali, commesse in sede di presentazione delle domande di partecipazione.

La Corte di Giustizia è stata negli ultimi anni ripetutamente chiamata in causa, per supposta violazione del principio di tassatività della cause di esclusione e di quello di proporzionalità. Da ricordare Corte di Giustizia 22 ottobre 2015, in causa C-425/2015, proprio sui protocolli di legalità,

su una questione rimessa dal Cgars (con l'ordinanza 12 settembre 2014, n. 534), dove la Corte europea ha valutato che l'automatismo espulsivo discendente dall'omessa sottoscrizione dei protocolli non fosse in contrasto con il principi del Trattato, salvo verificare il contenuto in concreto e per talune delle clausole ritenere necessaria una previa valutazione della stazione appaltante in contraddittorio con l'operatore.

A proposito della tassatività delle cause di esclusione, l'art. 83 del nuovo codice prescrive che i bandi e le lettere di invito non possano contenere ulteriori prescrizioni escludenti "rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di leggi vigenti". Ci si chiede se, nel secondo ambito, possano essere annoverate anche le leggi e i regolamenti regionali.

Larghi settori della dottrina hanno posto in luce il formalismo cui spesso si è indugiato, sia nella gestione amministrativa delle gare pubbliche, che nel contenzioso derivatone, acuito dall'uso strumentale del ricorso incidentale, con cui dolersi, magari a distanza di tempo e dopo che la gara era giunta ormai alla sua conclusione, dell'ammissione degli altri concorrenti. Il criterio dell'esame prioritario del ricorso incidentale che, se accolto, può determinare l'inammissibilità o l'improcedibilità dell'impugnazione principale, ha fatto il resto. Fenomeno noto e discusso, che qui non può essere affrontato¹⁵, ma la cui inflazione è stata certamente alla base del rafforzamento del potere-dovere di soccorso istruttorio che dall'art. 38, comma 2 bis, del codice previgente è transitato nell'art. 83, comma 9, del codice attuale; come anche dell'introduzione, all'art. 120 del c.p.a. nell'ambito della disciplina processuale, del nuovo rito cd. super-speciale per le ammissioni e le esclusioni dalla gara, ad imitazione di quello elettorale.

Il "gioco" mutevole delle ammissioni e delle esclusioni può modificare il calcolo delle medie, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso; il che può tradursi in un incentivo a contestare l'ammissione di concorrenti non già perché si teme che possano aggiudicarsi la gara ma al solo fine di ottenere che si ridetermini la soglia di anomalia, per trarne un vantaggio, ossia una *chance* di aggiudicazione. Questo ed altro ancora - una volta di più, la percezione di accordi collusivi tra le imprese partecipanti alla gara - è stato alla base della regola, introdotta nel 2014 e ribadita nel 2016, secondo cui "ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte".

¹⁵ E' sufficiente qui ricordare come la soluzione data al rapporto tra impugnazioni reciprocamente escludenti dall'Adunanza plenaria nel 2011 e poi nel 2014 sia stata sconfessata dalla Corte di Giustizia, dapprima nel 2013 e poi, in termini più generali, nel 2016, con la sentenza 5 aprile in C-689/13, Puligenica, su questione rimessale dal Cgars con ordinanza 17 ottobre 2013, n. 848. L'importanza della sentenza della Corte di Giustizia del 2016 va peraltro ben al di là della questione da cui trae origine, investendo più generale il sistema della giustizia amministrativa in materia di contratti pubblici e il ruolo (e i limiti) della nomofilachia dell'Adunanza plenaria di cui all'art. 99 del c.p.a.

Il Cgars è stato chiamato a risolvere una serie di questioni applicative, che postulano una risposta alle seguenti domande:

- la parola “anche” sottintende che le variazioni potrebbero intervenire (oltre che per effetto di pronunce giurisdizionali) a seguito di provvedimenti in autotutela della stazione appaltante?

- Quando ha termine la fase di ammissione e quindi da quale momento opera la regola della stabilità della soglia: già all’indomani dell’aggiudicazione provvisoria ora proposta di aggiudicazione? Vedi Cgars 11 gennaio 2017, n. 17 e 22 dicembre 2015, n. 740.

- Il principio di stabilità, impedendo il ricalcolo, preclude la tutela in forma specifica attraverso l’aggiudicazione e l’eventuale subentro: residua ed è sufficiente, sul piano dei principi europei e costituzionali, il solo rimedio risarcitorio per equivalente?

Ma qui siamo già su un piano diverso da quello legislativo, sul versante dell’applicazione concreta della disciplina statale, dove il giudice siciliano spesso si è mostrato all’altezza dei suoi compiti, talvolta anche allontanandosi dai sentieri battuti dalle sezioni romane del Consiglio di Stato, e dove anche la Regione potrebbe e dovrebbe giocare, sul piano amministrativo, una parte molto importante.

Hadrian Simonetti

Consigliere di Stato

Publicato il 21 settembre 2017