

Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 7 gennaio 2019 (del Presidente del Consiglio dei ministri).

(GU n. 5 del 2019-01-30)

Ricorso ex art. 127 della Costituzione della Presidenza del Consiglio dei ministri (codice fiscale n. 80188230587), in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa ex lege dall'Avvocatura generale dello Stato (codice fiscale n. 80224030587; PEC: ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it; fax 06/96514000) ed elettivamente domiciliata presso i suoi uffici in Roma, via dei Portoghesi n. 12; ricorrente, contro la Regione autonoma della Sardegna, in persona del Presidente pro tempore, dott. Francesco Pigliaru, con sede in Cagliari (cap. 09123), viale Trento n. 69, resistente, per la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 4 della legge della Regione autonoma della Sardegna 5 novembre 2018, n. 41, pubblicata nel BUR n. 50 dell'8 novembre 2018, recante «Modifiche alla legge regionale 13 marzo 2018, n. 8 (Nuove norme in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture)» (quest'ultima già impugnata dal Governo: ricorso n. 36/2018).

La legge regionale in epigrafe, che prevede modifiche alla legge regionale 13 marzo 2018, n. 8, in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, presenta aspetti di illegittimità costituzionale in quanto la disposizione di seguito indicata eccede dalle competenze attribuite alla regione dallo statuto speciale di autonomia, legge cost. n. 3/1948, andando ad invadere la competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza e ordinamento civile, di cui all'art. 117, secondo comma, lettere e) ed l) della Costituzione.

Si premette che, ai sensi dell'art. 3, lettera e) dello statuto speciale di autonomia, la Regione Sardegna gode di competenza legislativa di tipo primario in materia di «lavori pubblici di esclusivo interesse della regione» mentre, nel medesimo statuto, non si rinviene alcuno specifico riferimento alle forniture ed ai servizi.

Così come affermato da codesta ecc.ma Corte con la sentenza n. 411/2008 «... la disciplina degli appalti pubblici, intesa in senso complessivo, include diversi "ambiti di legislazione"», che «si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono»: in essa, pertanto, si profila una interferenza fra materie di competenza statale e materie di competenza regionale, ma con la «prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa» (sentenza n. 401/2007) in relazione agli oggetti riconducibili alla competenza esclusiva statale, esercitata con le norme recate dal decreto legislativo n. 163 del 2006 (attualmente dal decreto legislativo n. 50/2016).

In particolare, la disciplina delle procedure di gara, la regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione, ivi compresi quelli che devono presiedere all'attività di progettazione, mirano a garantire che le medesime si svolgano nel rispetto delle regole concorrenziali e dei principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi, della libertà di stabilimento, nonché dei principi costituzionali di trasparenza e parità di trattamento (sentenze n. 431 e n. 401 del 2007) e sono riconducibili all'ambito della tutela della concorrenza, di esclusiva competenza del legislatore statale (sentenze n. 345 del 2004 e n. 401 del 2007). Analogamente, codesta Corte ha riconosciuto che «la fase negoziale dei contratti della pubblica amministrazione, che ricomprende l'intera disciplina di esecuzione del rapporto contrattuale, incluso l'istituto del collaudo, si connota per la

normale mancanza di poteri autoritativi in capo al soggetto pubblico, sostituiti dall'esercizio di autonomie negoziali e deve essere ascritta all'ambito materiale dell'ordinamento civile» (sentenza n. 401 del 2007), di competenza esclusiva del legislatore statale.

Sulla base di tali indicazioni deve, pertanto, leggersi l'art. 2, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, che, nella parte in cui stabilisce che «le regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione», impone anche alle regioni ad autonomia speciale di conformare la propria legislazione in materia di appalti pubblici a quanta stabilito dal codice stesso.

Nella fattispecie in esame, lo statuto della Regione Sardegna, come sopra detto, all'art. 3, lettera e), attribuisce alla stessa regione una competenza legislativa primaria in materia di lavori pubblici di interesse regionale, alla quale, quindi, non appartengono le norme relative alle procedure di gara e all'esecuzione del contratto. Petti settori, infatti, sono oggetto di disciplina nell'ambito del citato codice e ad esso, pertanto, il legislatore regionale deve adeguarsi.

Alla luce di quanta sopra, dunque, la disposizione contenuta nell'art. 4 della legge regionale in esame si presenta censurabile sotto il profilo della coerenza con il dettato costituzionale, in particolare con la competenza esclusiva attribuita allo Stato dall'art. 117, secondo comma, lettere e) e l) della Costituzione, in materia di tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile.

In particolare, l'art. 4, rubricato «Modifiche all'art. 23 della legge regionale n. 8 del 2018 (Elenco operatori economici per i servizi di ingegneria e architettura)», sostituisce, tra l'altro, il comma 2 di detto articolo il quale prevedeva:

«2. Le stazioni appaltanti, per l'affidamento dei servizi di cui al comma 1, ai sensi degli articoli 36 e 157 del decreto legislativo n. 50 del 2016, selezionano gli operatori economici iscritti nell'elenco di cui al presente articolo, nel rispetto del principio della rotazione degli inviti e con l'applicazione di criteri oggettivi che tengono conto della loro pregressa capacità tecnico-professionale ed, eventualmente, economico-finanziaria.».

La norma viene sostituita dalla seguente:

«2. Le stazioni appaltanti, per l'affidamento dei servizi di cui al comma 1, in conformita' agli articoli 36 e 157 del decreto legislativo n. 50 del 2016, selezionano gli operatori economici iscritti nell'elenco di cui al presente articolo, nel rispetto, ove possibile, [evidenziazione dell'estensore] del principio della rotazione degli inviti e con l'applicazione di criteri oggettivi che tengono conto della loro pregressa capacità tecnico-professionale ed, eventualmente, economico-finanziaria.».

Occorre rilevare che la nuova formulazione della norma rende l'applicazione del principio della rotazione, prescritto dal codice degli appalti, solo eventuale («ove possibile»), senza alcuna indicazione, peraltro, delle ragioni che eventualmente ne possano legittimamente escludere l'applicabilità, e correlativamente rendere controllabile l'esercizio della relativa discrezionalità amministrativa.

Il decreto legislativo n. 50/2016 (di modifica del decreto legislativo n. 162/2006), invece, ha rafforzato la precettività del principio di rotazione e al tempo stesso lo ha declinato in termini diversi in relazione al tipo di procedura concretamente utilizzata, consentendo limitate e motivate deroghe allo stesso. L'art. 36 del citato decreto legislativo prevede che l'affidamento sotto soglia deve avvenire nel rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico.

La disciplina complessiva dettata dall'art. 36 del decreto legislativo n. 50/2016 e' riassumibile nei termini seguenti:

se la commessa e' di valore pari o inferiore ai 40.000 il contratto puo' essere affidato senza alcun confronto concorrenziale e se cio' effettivamente accade il principio di rotazione non potra' che essere applicato in relazione all'aggiudicazione (art. 36, comma 2, lettera a);

se, invece, la commessa e' di valore superiore ai 40.000 (e sino a 150.000 euro), e' necessario operare un confronto concorrenziale tra piu' ditte invitate dalla stazione appaltante (almeno cinque in caso di servizi e forniture, almeno dieci in caso di lavori) e, in questo caso, il principio di rotazione opera (esclusivamente) con riferimento alla fase degli inviti, il che, peraltro, e' conforme a evidenti esigenze di corretto esercizio dell'azione amministrativa e di tutela dell'affidamento.

Gia' nelle linee guida n. 4, attuative del decreto legislativo n. 50/2016, peraltro, e' stata espressamente consentita una motivata deroga al principio di rotazione in caso di «riscontrata effettiva assenza di alternative ovvero del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti)» e negli stessi termini si e' pronunciata anche la Commissione speciale del Consiglio di Stato con parere 12 febbraio 2018, n. 361, espresso nell'ambito dell'istruttoria per l'aggiornamento delle linee guida ANAC, chiarendo che il principio di rotazione comporta in linea generale che l'invito all'affidatario uscente rivesta carattere eccezionale e debba essere adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento. Il principio generale enunciato dal citato codice dei contratti e' dunque quello della rotazione, salvo le deroghe ammesse (e comunque motivate).

La norma regionale, quindi, prevedendo il rispetto del principio della rotazione solo «ove possibile», pur nel richiamo degli articoli 36 e 157 del decreto legislativo n. 50/2016, si pone di fatto in contrasto con dette norme statali.

Per questi motivi la norma regionale deve essere impugnata ai sensi dell'art. 127 della Costituzione.

Tanto premesso, la Presidenza del Consiglio dei ministri, come in epigrafe rappresentata, difesa e domiciliata, chiede l'accoglimento delle seguenti conclusioni.

P.Q.M.

Piaccia all'ecc.ma Corte costituzionale dichiarare l'illegittimita' costituzionale dell'art. 4 della legge della Regione autonoma della Sardegna 5 novembre 2018, n. 41, pubblicata nel B.U.R. n. 50 dell'8 novembre 2018, recante «Modifiche alla legge regionale 13 marzo 2018, n. 8 (Nuove norme in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture)».

Si deposita la determinazione della Presidenza del Consiglio dei ministri del 21 dicembre 2018.

Roma, 24 dicembre 2018

L'Avvocato dello Stato: Nunziata