

Documento Gruppo di lavoro AIPDA

LA RIFORMA DEI CONTRATTI PUBBLICI *(D. LGS. 36/2023)*

A CURA DI FRANCESCO MANGANARO, NINO PAOLANTONIO E FABRIZIO TIGANO



**MESSINA
UNIVERSITY
PRESS**

Documento Gruppo di lavoro AIPDA

LA RIFORMA DEI CONTRATTI PUBBLICI
(D. LGS. 36/2023)

A CURA DI FRANCESCO MANGANARO, NINO PAOLANTONIO E FABRIZIO TIGANO



Questa edizione digitale dell'opera è rilasciata con licenza Creative Commons Attribution 4.0 - CC-BY-NC-ND, il cui testo integrale è disponibile all'URL: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



ISBN 979-12-80899-08-8

DOI 10.13129/979-12-80899-08-8

© L'autore per il testo, 2024

© Messina University Press per la presente edizione

Pubblicato da:

Messina University Press

Piazza Pugliatti, 1 - 98121 Messina

Sito web: <https://messinaup.unime.it/>

Prima edizione: febbraio 2024

Questo volume è stato sottoposto a un processo di revisione esterno sotto la responsabilità del Comitato editoriale e del Consiglio direttivo della casa editrice. Le opere pubblicate vengono approvate dal Consiglio direttivo sulla base della valutazione del Comitato editoriale e devono essere conformi al Codice etico della casa editrice.

Le edizioni digitali online sono pubblicate in Open Access
su: <https://messinaup-pubblicazioni.unime.it/index.php/mup>

PRESENTAZIONE DEL LAVORO

PARTE I

LIBRO I – TITOLO I

I PRINCIPI GENERALI

Brevi osservazioni sul principio della fiducia nel Codice dei contratti
Principio di buona fede

L'auto organizzazione e l'*in house providing* nel nuovo Codice (art. 7)

Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale

La conservazione dell'equilibrio contrattuale: questioni aperte

L'innovazione nel Codice dei contratti

LIBRO I – TITOLO II

L'AMBITO DI APPLICAZIONE, IL RESPONSABILE UNICO E LE FASI DELL'AFFIDAMENTO

La struttura bifasica dei contratti pubblici

Contratti pubblici e concordato tra “vecchio” e “nuovo” Codice

Autonomie territoriali speciali e contratti pubblici

PARTE II

DELLA DIGITALIZZAZIONE DEL CICLO DI VITA DEI CONTRATTI

La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici

LIBRO II - PARTE II

DEGLI ISTITUTI E DELLE CLAUSOLE COMUNI

La disciplina sulle clausole sociali nel d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36

La disciplina sulle clausole ambientali

**TITOLO IV - CAPO II
I REQUISITI DI ORDINE GENERALE**

Grave illecito professionale (art. 98, d.lgs. 36/2023)

**PARTE VI
DELL'ESECUZIONE**

Il Subappalto

**LIBRO IV
DEL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO
E DELLE CONCESSIONI**

**PARTE II
DEI CONTRATTI DI CONCESSIONE**

**La disciplina del partenariato pubblico-privato
e il contratto di concessione**

**LIBRO V- PARTE I - TITOLO I
I RICORSI GIURISDIZIONALI**

Le novità in tema di contenzioso

NOTIZIE SUGLI AUTORI E SUI CURATORI

Gaetano Armao, Professore associato di Diritto amministrativo, Università di Palermo, Dipartimento di Scienze Politiche e delle Relazioni internazionali

Giulia Avanzini, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Pavia, Dipartimento di Giurisprudenza

Antonio Bartolini, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Perugia, Dipartimento di Giurisprudenza

Gian Franco Cartei, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Firenze, Dipartimento di Scienze Giuridiche

Edoardo Caruso, Ricercatore t.d. di Diritto amministrativo, Università di Ferrara, Dipartimento di Giurisprudenza

Annalisa Giusti, Professore associato di Diritto amministrativo, Università di Perugia, Dipartimento di Giurisprudenza

Giovanni Fabio Licata, Professore associato di Diritto amministrativo, Università di Catania, Dipartimento di Giurisprudenza

Sebastiano Licciardello, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Catania, Dipartimento di Giurisprudenza

Antonietta Lupo, Professore associato di Diritto amministrativo, Università di Messina, Dipartimento di Scienze Politiche e Giuridiche

Francesco Manganaro, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università Mediterranea di Reggio Calabria, Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane.

Carola Pagliarin, Professore associato di Diritto amministrativo, Università di Padova, Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Nino Paolantonio, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Roma Tor Vergata, Dipartimento di Giurisprudenza

Maria Alessandra Sandulli, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Roma Tre, Dipartimento di Giurisprudenza

Sara Spuntarelli, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Camerino, Scuola di Giurisprudenza

Marco Tiberii, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università della Campania "L. Vanvitelli", Dipartimento di Economia

Fabrizio Tigano, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Messina, Dipartimento di Scienze Politiche e Giuridiche

Francesco Tuccari, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università del Salento, Dipartimento di Scienze Giuridiche

AUTONOMIE TERRITORIALI SPECIALI E CONTRATTI PUBBLICI

Gaetano Armao

1. Considerazioni preliminari

Il riparto di competenze tra Stato e Regioni e Province autonome di Trento e Bolzano in materia di contratti pubblici ha subito profonde modificazioni a causa degli interventi del legislatore statale, sostanzialmente connessi con l'attribuzione statale della tutela della concorrenza, *ex art.* 117, secondo comma lett. e) Cost. e per spinta della giurisprudenza costituzionale (sin dalla celeberrima sent. 303 del 2003 sebbene riferita ai lavori pubblici), determinando il progressivo restringimento degli ambiti materiali di intervento per le autonomie regionali e provinciali, senza tuttavia esaurirli, in ossequio ai principi di adeguatezza e proporzionalità (Corte cost sent. n. 345 del 2004), laddove non ricompresi nelle materie attratte alla competenza statale¹.

Si è passati, infatti, da una legge-quadro (che era limitata ai lavori pubblici e lasciava ad altre norme la regolazione di forniture e servizi), che proprio per sua natura postulava un duplice livello di disciplina legislativa tra Stato, Regioni e province autonome (l. 11 febbraio 1994,

¹ Per una ricostruzione del contesto tra i contributi più recenti si v. F. GUELLA, *La disciplina sugli appalti e le competenze dell'autonomia speciale, dai lavori ai contratti pubblici*, in *Nuove aut.*, 2-2017, 279 e ss.; H. SIMONETTI, *La disciplina dei contratti pubblici: le esperienze nazionale e siciliana a confronto*, ivi, 343 e ss.; V. LATORRACA, *Le competenze dello Stato e delle Regioni (art.2)*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, 123 ss.; F. CORTESE, *Diritto eurounitario dei contratti pubblici*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici, Vol. I, Fonti e principi. Ambito. Programmazione e Progettazione*, Milano, 2019, 99 ss.; C. CASTALDO, *Criteri premiali di aggiudicazione: concorrenza e non discriminazione nel riparto di competenza tra Stato e Regioni (nota a Corte costituzionale, sentenza del 14 gennaio 2022, n. 4)*, in *Piemonte delle aut.*, 2-2022; V. DESANTIS, *La sent. 23/2022 come occasione di nuova razionalizzazione del riparto di competenze in materia di procedure a evidenza pubblica*, in *Le Regioni*, 3-2022, 527 e ss.

In generale sul rapporto tra concorrenza, disciplina degli appalti e competenze Regionali v. G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, 981 ss. e M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. Amm.*, 1-2016, 71 ss.

n.109), ma anteriore alla riforma costituzionale del 2001, alla scarsa disciplina che emerge dalle disposizioni della l. 21 giugno 2022, n. 78 (“*delega al Governo in materia di contratti pubblici*”).

Tale legge di delegazione ha conferito al Governo il compito di emanare una compiuta disciplina in materia di contratti pubblici e, come noto, l'esecutivo ha affidato al Consiglio di Stato l'elaborazione dello schema di codice dei contratti pubblici, poi emanato con il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36. A differenza dei precedenti codici in materia, nessuna specifica norma è tuttavia rinvenibile nel testo del codice, mentre le disposizioni codicistiche e gli allegati, si limitano ad alcuni riferimenti peraltro disomogenei e privi di organicità.

Nel contesto delineato dalla giurisprudenza in materia, di cui meglio si dirà nel prosieguo di queste considerazioni, tale carenza di disciplina (una sorta di “*scotomizzazione*” del ruolo delle autonomie speciali, peraltro neanche chiarita o semplicemente accennata nella relazione di accompagnamento²) rischia di alimentare ulteriore contenzioso, costituzionale ed amministrativo, e di rendere incerta la piena applicazione di norme il cui obiettivo prioritario è la semplificazione e la fluidificazione delle decisioni amministrative in materia di contratti pubblici ed, in generale, del regime dei contratti pubblici che hanno condotto ad un secondo codice di recepimento delle direttive in materia del 2014, basato su principi in taluni casi profondamente diversi da quelli che ispirarono il precedente.

2.1. Il contesto normativo: dalla legge quadro del 1994 al Codice del 2023

Da una breve ricostruzione dell'evoluzione della disciplina statale emerge che la richiamata normativa quadro del 1994 (art. 1, secondo comma) prevedeva, dettando norme unitarie per le autonomie territoriali, che: «*per la disciplina delle opere e dei lavori pubblici di competenza delle Regioni anche a statuto speciale, delle province autonome di Trento e di Bol-*

² Emblematico dell'approccio che ha caratterizzato il rapporto tra regolazione statale e regionale in materia di contratti pubblici il riferimento alle Regioni nella relazione a commento dell'art. 17 con specifico riferimento ai termini di conclusione delle procedure di selezione: «*la fissazione di un termine generale di conclusione delle procedure di gara potrebbe far sorgere dubbi di costituzionalità con riguardo alla sfera di autonomia delle Regioni, che possono essere superati ove si consideri che tale previsione attiene alla materia della tutela della concorrenza*».

zano e degli enti infraregionali da queste finanziati, i principi desumibili dalle disposizioni della presente legge costituiscono norme fondamentali di riforma economico-sociale e principi della legislazione dello Stato ai sensi degli statuti delle Regioni a statuto speciale e dell'articolo 117 della Costituzione, anche per il rispetto degli obblighi internazionali dello Stato» (norma che, invero, si ricollega a quanto già previsto dall'art. 1, terzo comma, l. n. 584 del 1977, di recepimento della normativa comunitaria in materia di appalto di lavori pubblici).

Con l'avvento del d.lgs 12 aprile 2006, n. 163, primo “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture” che sulla scorta dell'esperienza francese ha ricondotto ad un solo testo l'intera normativa di settore, fu nuovamente dedicata una specifica e più articolata previsione alle competenze legislative di Stato, Regioni e province autonome in materia (art. 4), stabilendo che queste ultime avrebbero esercitato *«la potestà normativa nelle materie oggetto del presente codice nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e delle disposizioni relative a materie di competenza esclusiva dello Stato»* (primo comma), intervenendo anche sui delicati profili di diritto intertemporale (*«nelle materie di competenza normativa regionale, concorrente o esclusiva, le disposizioni del presente codice si applicano alle Regioni nelle quali non sia ancora in vigore la normativa di attuazione e perdono comunque efficacia a decorrere dalla data di entrata in vigore della normativa di attuazione adottata da ciascuna Regione»*, quarto comma), ed infine prevedendo per le autonomie speciali l'adeguamento della *«propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione»* (quinto comma) (c.d. “clausola di salvaguardia”).

La ricordata ultima previsione del codice del 2006 è stata poi trasfusa nel d.lgs. n. 50 del 2016 che al riguardo (art.2, commi primo e terzo) ha inteso declinare in termini generali l'esercizio delle competenze legislative di Stato, Regioni e province autonome stabilendo che: *«le disposizioni contenute nel presente codice sono adottate 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»* e ribadendo, con riguardo alle autonomie speciali, che: *«le Regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e di Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione»*.

Il progressivo contenimento della competenza regionale e provinciale ha infine condotto il legislatore del 2022 a limitare a tale clausola di salvaguardia la previsione inserita nella legge delega (art.2). Come in precedenza accennato, il nuovo codice, a differenza dei precedenti, ha poi del tutto obliterato una specifica disciplina della fattispecie in esame, nel probabile presupposto di ritenere esaustiva la previsione appena richiamata come interpretata dalla giurisprudenza.

2.2. La portata della “clausola di salvaguardia”: cenni

La previsione del ricordato art. 2 della legge delega del 2022 va ricondotta ad una delle molteplici varianti della c.d. “*clausola di salvaguardia normativa*”, ritualmente inserite nella legislazione incidente sulle competenze delle Regioni speciali e, in particolare, in quella finanziaria. Tali clausole svolgono - pur nelle diverse formule con le quali esse vengono declinate - una funzione biunivoca con effetti preminenti di tipo propulsivo, come quella contenuta nell’art. 2 della l. n.78 del 2022 e nella precedente normativa, o, addirittura, di tipo preservativo rispetto all’applicazione della normativa statale.

Nel primo caso, risulta preminente l’effetto ricognitivo della competenza regionale e provinciale, ove sia invece prioritaria la finalità di preservare l’ambito di autonomia normativa, più ricorrente in materia finanziaria, il legislatore intende cautelare gli enti ad autonomia speciale dalla necessità di dare immediata ed integrale applicazione a talune delle disposizioni della legge statale, nel caso in cui queste intervengano in ambiti riservati all’autonomia statutaria di tali enti, ferme ed impregiudicate restando le forme di esercizio dell’autonomia legislativa.

Come precisato dalla più recente giurisprudenza costituzionale tali clausole, lungi dal costituire “mere formule di stile”, a lungo stigmatizzate per la “eccessiva vaghezza della loro formulazione” e conseguentemente considerate “prive di significato normativo” (in tal senso già sent. nn. 88, 118 e 134 del 2006, n. 105 del 2007), svolgono, invece, una ben precisa funzione di delimitazione competenziale.

Alle clausole in argomento deve quindi esser riconosciuta, caso per caso ed avuto riguardo alle norme della Costituzione e degli statuti, «*la precisa funzione di rendere applicabili le disposizioni della medesima legge agli enti ad autonomia differenziata, a condizione che tali disposizioni non siano lesive delle prerogative regionali e provinciali*», rivestendo, quindi, una pre-

cisa funzione di *«limite per l'applicazione delle disposizioni della legge statale in cui ciascuna clausola è inserita e implicano che le disposizioni della legge statale non siano applicabili nei confronti degli enti a statuto speciale, se in contrasto con gli statuti e le relative norme di attuazione»*. Anche quando di tenore più rigoroso la presenza di tale tipo di clausola non determina autonomamente l'inapplicabilità alle autonomie speciali delle disposizioni di legge statale cui essa rimanda, allorché gli ambiti investiti da tali disposizioni siano ascrivibili a materie di competenza legislativa esclusiva statale (ed il caso della concorrenza appare emblematico), in quanto *«prevalente sulle competenze degli enti ad autonomia speciale»* e nei confronti delle quali la Regione *«non può opporre alcuna attribuzione fondata sullo statuto o sulle norme di attuazione statutaria»* (così, da ultimo, sent. n. 153 del 2022 e giur. citata).

3. Gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale: cenni

Non è possibile in questa sede, per ragioni di contenimento dello scritto, svolgere una compiuta disamina della copiosa giurisprudenza in materia. Ci si limiterà pertanto ad alcuni richiami utili ad individuare i principali e più recenti orientamenti e che, plausibilmente, sono alla base delle scelte operate dal legislatore delegato con il codice appena entrato in vigore.

La giurisprudenza della Corte costituzionale, con riguardo all'esercizio da parte delle Regioni a statuto speciale e delle province autonome di competenze legislative primarie in materia di lavori pubblici e, più in generale, dei contratti pubblici ha sottolineato che gli interventi di riforma di matrice eurounitaria hanno imposto *«l'attuazione di principi uniformi su tutto il territorio del Paese»* (così già sent. n. 482 del 1995, seguita, in senso analogo, dalle pronunce n. 263 del 2016, n. 36 del 2013, n. 74 del 2012, n. 328, n. 184 e n. 114 del 2011, n. 221 e n. 45 del 2010)³. Sulla base

³ Giova ricordare che la Corte di giustizia da oltre un ventennio si orienta nella prospettiva di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti pubblici, puntualmente declinato dalla normativa eurounitaria, con l'obiettivo: *«di proteggere gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro»*, facendone discendere l'obbligo di rispettare *“il principio di parità di trattamento degli offerenti”*, come parimenti quello di trasparenza al fine di garantire la piena osservanza del *“divieto di discriminazione in base alla nazionalità”* (tra le altre si veda Corte di Giust. VI sez., 27 novembre 2001, in c. riun. C-285/99 e C-286/99).

di tale linea interpretativa il Giudice delle leggi ha ricondotto ai principi dell'ordinamento anche profili basilari del diritto dei contratti *«relativi, soprattutto, alle fasi di conclusione ed esecuzione del[l']appalto, che devono essere uniformi su tutto il territorio nazionale, in ragione dell'esigenza di assicurare il rispetto del principio di uguaglianza [...]»* (sent. n. 74 del 2012; ma già sentt. n. 269 del 2014, n. 187 del 2013), ciò al fine di *«garantire l'uniformità nel territorio nazionale delle regole fondamentali di diritto che disciplinano i rapporti fra privati e, come tali, si impongono»* anche per le autonomie speciali (sentt. n. 189 del 2007 e n. 43 del 2011).

In tal guisa, la normativa statale sui contratti pubblici che attiene alla disciplina della tutela della concorrenza, *ex art. 117*, secondo comma lett. e) Cost. e dell'ordinamento civile⁴, in quanto materie di incidenza trasversale, va ricondotta nel contesto delle “norme fondamentali di riforma economico-sociale” (cfr. sentt., n. 263 del 2016, n. 269 del 2014, n.187 e n.36 del 2013). Da tale qualificazione, esplicitata nella ricordata norma del codice del 2016 (art.2), ma non riprodotta in quello del 2023, discende la delimitazione della competenza esclusiva delle autonomie speciali corroborata dalla generalizzata tendenza a ricondurre il complesso delle norme codicistiche al novero dei richiamati limiti di tale competenza⁵.

In correlazione alla predetta qualificazione della legislazione in materia dei contratti pubblici⁶, vanno ricordate alcune recenti sentenze che hanno riguardato le autonomie speciali e tutte di segno sostanzialmente univoco nel ritenere preminenti le competenze legislative statali. Pur se con riguardo alle previsioni del codice previgente, le recenti sentt. 9 luglio 2019, n. 166 relativa alla Regione Sardegna, 5 maggio 2020, n. 98 ineren-

⁴ Attinenti alle fasi procedimento/contratto sulle quali v. S. LICCIARDELLO, *La struttura bifasica dei contratti pubblici*.

⁵ Da ultimo, la Corte (sent. 132 del 2023), nel dichiarare l'illegittimità costituzionale di una delle disposizioni della l.r. della Regione Puglia n. 13 del 2001, ha ribadito che intervenuta la riforma del Titolo V e venuta meno la materia «lavori pubblici di interesse regionale», contemplata nel previgente art. 117 Cost., lo Stato ha revisionato l'intera disciplina dei contratti pubblici ricorrendo alla fonte codicistica *«le cui norme sono in buona parte riconducibili alle materie “tutela della concorrenza” e “ordinamento civile”, che la riforma costituzionale del 2001 ha attribuito in via esclusiva alla competenza legislativa statale»*.

⁶ In particolare: della regolamentazione uniforme della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione, in quanto miranti a garantire il rispetto delle regole concorrenziali e dei principi eurounitari di libera circolazione delle merci e prestazione dei servizi e libertà di stabilimento, nonché di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza.

te alla Regione Toscana, 17 febbraio 2021 n. 16, nei confronti della Regione Siciliana, 28 gennaio 2022, n. 23 e 27 aprile 2023, n. 79 concernenti le Province autonome di Trento e di Bolzano, delineano un quadro abbastanza chiaro, ancorché non del tutto nitido, del riparto di competenze tra Stato e Regioni e province autonome in materia di contratti pubblici.

Le norme regionali censurate dal Giudice delle leggi, nella gran parte dei casi volte ad eludere, quando non ad aggirare le regole eurounitarie trasfuse nell'ordinamento interno in materia di procedure ad evidenza pubblica, hanno impattato, quindi, su un contesto giurisprudenziale ormai abbastanza chiaro che ha reso l'esercizio della potestà legislativa delle autonomie speciali residuale, se non addirittura recessiva.

Non può revocarsi in dubbio, quindi, che un'esplicita e puntuale previsione nel nuovo codice dei contratti pubblici avrebbe potuto meglio delineare confini che, per alcuni profili, appaiono tutt'ora incerti⁷, con il rischio, invero prevedibile, di interventi dei legislatori regionali e provinciali tendenzialmente “*straripanti*”⁸, come comprovato dall'esteso contenzioso costituzionale sin qui maturato.

4. Le recenti norme di attuazione del Trentino-A.A. e del Friuli-V.G.

Giova ricordare in merito che, già sotto la vigenza del codice del 2016, sono state emanate le norme di attuazione degli Statuti del Trentino-Alto Adige e del Friuli-Venezia Giulia in materia di contratti pubblici, di contenuto sostanzialmente identico (d.lgs. 7 settembre 2017, n. 162 e d.lgs. 3 ottobre 2022, n. 159, per la Sicilia analoghe norme sono all'esame della Commissione paritetica), che si aggiungono alle norme di attuazione delle autonomie speciali in materia.

Tali previsioni, se per un verso stabiliscono che la disciplina regionale deve rispettare le disposizioni unionali e le norme legislative fondamentali di riforma economico-sociale (comprese quelle che «*stabiliscono i livelli minimi di regolazione richiesti dal diritto dell'UE in materia di appalti e*

⁷ Deve infatti allarmare la circostanza che “*il restringimento delle prerogative regionali e provinciali non sia ancora stato del tutto definito e che i limiti imposti alle legislazioni regionali in materia di «lavori pubblici» siano molto più vasti di quel che le stesse autonomie parrebbero ritenere*”, così DESANTIS, *op.cit.*, 531.

⁸ Pur in un quadro di riferimento profondamente mutato di fronte ridimensionamento delle competenze appaiono tuttavia ancora attuali alcune delle preoccupazioni espresse sui rischi di frammentazione da R. DE NICTOLIS, *Appalti di lavori pubblici e Corte costituzionale: da uno a sette codici dei lavori pubblici?*, in *Urb. e appalti*, n. 4/2010, 377 e ss.

concessioni, le procedure di aggiudicazione e i contratti pubblici, compresa la fase della loro esecuzione, relativi a lavori, servizi e forniture»), richiamano, altresì, il principio eurounitario alla stregua del quale gli atti di recepimento di direttive dell'UE «non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse» (c.d. divieto di infioresatura o “gold plating”) (art.1, primo comma). Per altro verso le disposizioni in commento individuano la possibilità che, con legge, vengano approntati specifici interventi volti ad agevolare la partecipazione agli appalti pubblici delle piccole e medie imprese «in quanto importanti fonti di competenze imprenditoriali, d'innovazione e di occupazione» (art.1, secondo comma).

Sull'opportunità offerta dalla norma di attuazione si innestano alcune disposizioni della l. Prov. aut. Bolzano 23 luglio 2021, n. 5, sottoposte al sindacato della Corte costituzionale, la quale, pur statuendone l'incostituzionalità, ha fatto salva la normativa attuativa dello statuto speciale ritenendo che essa possa aver applicazione nel rispetto delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali e ritenendo che essa si collochi «nel solco dell'armonia con la Costituzione e con i principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica ... compresi quelli attinenti ad aspetti basilari della disciplina contrattuale» (sent. n. 79 del 2023), al fine di assicurare le esigenze di uniformità di trattamento, nell'intero territorio nazionale, in ossequio «al principio costituzionale di eguaglianza» (sent. n. 23 del 2022, ma già n. 43 del 2011).

L'alveo entro il quale può quindi dispiegarsi l'esercizio della potestà legislativa regionale, esiste sebbene possa apparire circoscritto, potendo svolgersi lungo il percorso declinato dalle norme di attuazione e dall'interpretazione della Corte che, su fattispecie analoga (pur se concernente la Toscana), ha dichiarato costituzionalmente illegittime, in quanto in contrasto con i richiamati principi, le previsioni normative che riservano la partecipazione alle micro, piccole e medie imprese con sede legale e operativa nel territorio regionale (la citata sent. n.98 del 2020, in linea con analoghi orientamenti sulle ll.rr. di tutela delle imprese locali negli appalti pubblici, sentt. n. 28 del 2013 e n. 440 del 2006)⁹. È quindi entro i

⁹ Sulla quale v. L. PARONA, *Clausole di territorialità e promozione delle PMI nell'affidamento dei contratti pubblici. Considerazioni a margine della sentenza n. 98/2020 della Corte costituzionale*, in *Ist. del federalismo*, 4/2020, 973 ss.

Sull'illegittimità dell'inserimento negli avvisi di manifestazione di interesse di clausole “territoriali” restrittive, volte a favorire le imprese con sede legale nel proprio territorio,

descritti argini che possono trovarsi gli spazi di esercizio, in concreto, della competenza regionale in materia: dai profili organizzatori a quelli non regolati in sede codicistica da norme fondamentali di riforma economico-sociale e come tali autoapplicative negli ordinamenti regionali e provinciali.

5. Gli scarni riferimenti del codice del 2023

Se il nuovo ordinamento dei contratti pubblici risulta carente di un'esauritiva demarcazione della regolazione multilivello, ad eccezione della ricordata previsione dell'art. 2 della legge delega, non meno laconici appaiono i riferimenti nel corpo del codice e degli allegati.

Si richiamano, a titolo esemplificativo, tre casi:

A) l'art. 19 (*“Principi e diritti digitali”*)¹⁰, all'ottavo comma prevede, con una norma programmatica, che *«le Regioni e le province autonome assicurano il rispetto delle disposizioni di cui alla presente parte e il supporto alle stazioni appaltanti»*. Appare di tutta evidenza, in considerazione delle complesse refluenze di tipo organizzatorio e funzionale riguardanti la digitalizzazione del settore, che la disposizione intenda esprimere un indirizzo, se non un auspicio rinviando, tuttavia, alla fase applicativa la risoluzione delle complesse questioni che postula la digitalizzazione del settore.

B) L'art. 119 disciplina il subappalto che per le complesse questioni insorte in ordine alla previgente normativa codicistica, è settore non scevro da complesse problematiche che il legislatore ha progressivamente risolto¹¹. A compendio delle disposizioni sulle forme di corresponsione diretta da parte della stazione appaltante degli importi per le prestazioni eseguite

in quanto pregiudizievole dei principi di libera concorrenza e di parità di trattamento, oltre che di buon andamento dell'amministrazione pubblica, si veda la nota del Presidente ANAC del 12 maggio 2023 - fasc.5705.2022 (<https://www.anticorruzione.it/documents/91439/120614/Atto+del+Presidente+del+12+maggio+2023+fasc.5705.202.pdf/f85ce906-df91-bcf7-292a-ce44aaf95b0e?t=1684152621477>)

¹⁰ In merito si veda il contributo di G. AVANZINI, *La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici*.

¹¹ In merito alle complesse questioni giurisprudenziali che hanno condotto a reiterate modifiche della disciplina del subappalto ed alla normativa del Codice del 2023 si rinvia al contributo di A. GIUSTI, *Il Subappalto*.

dal subappaltatore (undicesimo comma)¹², il comma 19 della norma in esame fa salva: «*la facoltà per le Regioni a statuto speciale e per le province autonome di Trento e Bolzano, di disciplinare ulteriori casi di pagamento diretto dei subappaltatori*». Invero, la previsione individua un ambito ristretto entro il quale legiferare a livello regionale/provinciale, dovendosi, per converso, ritenere inibito un intervento al di fuori del circoscritto contesto indicato. In altre parole, l'indicazione normativa sembrerebbe svolgere una funzione limitativa, mentre individua la possibilità di un'ulteriore regolazione.

C) Un ulteriore esempio, ma che va in senso opposto a quelli in precedenza evocati, avuto riguardo al rapporto tra normativa statale e delle autonomie speciali, è costituito dalla disciplina sulla verifica preventiva di interesse archeologico (VPIA) che il nuovo codice disciplina all'art. 41, quarto comma, prevedendo che tale verifica venga svolta con le modalità procedurali di cui all'allegato I.8. Si tratta di un peculiare intervento regolativo articolato in tre tempi: un primo, quello delineato dallo stesso allegato, un secondo, contenente semplificazioni e fluidificazioni da definire con d.P.C.M. entro il 31 dicembre 2023¹³, ed un terzo, a regime, lasciato alla competenza regolamentare del Governo che sostituirà l'allegato stesso¹⁴.

Va segnalato che l'allegato attribuisce alle Regioni a statuto speciale ed alle Province autonome la possibilità di dotarsi di una disciplina specifica della procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico per le opere di loro competenza sulla base di quanto disposto dal già menzio-

¹² La norma prevede che la stazione appaltante possa corrispondere direttamente al subappaltatore ed ai titolari di sub-contratti non costituenti subappalto, l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite in tre differenti casi: “*a) quando il subcontraente è una microimpresa o piccola impresa; b) in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore; c) su richiesta del subcontraente e se la natura del contratto lo consente*”.

¹³ Il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, è previsto venga emanato su proposta del Ministro della cultura, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, per l'adozione delle linee guida “*finalizzate ad assicurare speditezza, efficienza ed efficacia alla procedura di cui al presente articolo. Con il medesimo decreto sono individuati procedimenti semplificati, con termini certi, che garantiscano la tutela del patrimonio archeologico tenendo conto dell'interesse pubblico sotteso alla realizzazione dell'opera*”.

¹⁴ L'allegato, in sede di prima applicazione del Codice, regola la fattispecie sino alla data di entrata in vigore di un “*corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro della cultura, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al Codice*”.

nato allegato. Ma non tutte le autonomie speciali godono di potestà legislativa primaria ed amministrativa in materia di beni culturali, né ricomprendono nella loro organizzazione le soprintendenze ai BB.CC.¹⁵.

6. Le iniziative Regionali di recepimento del Codice

Si è precisato che la scelta di non contemplare nel codice dei contratti una disposizione che, in applicazione della clausola di salvaguardia e sulla scorta della giurisprudenza del Giudice delle leggi, delineasse con nitore gli spazi di intervento del legislatore regionale/provinciale, se ha privato il quadro regolativo di elementi di certezza, ha tuttavia lasciato impregiudicati i margini d'autonomia dei legislatori.

Invero non risultano pendenti ricorsi da parte delle Regioni speciali e delle Province autonome nei confronti del d.lgs. 37 del 2023¹⁶, e ciò a differenza di quanto avvenuto in passato. Ma non è detto che il contenzioso non si sviluppi nei confronti delle normative regionali e provinciali. Occorrerà attendere lo spirare dei termini di impugnazione per le normative regionali/provinciali per trarre alcune conclusioni.

Le Regioni e le Province autonome si sono mosse con strategie diverse.

La Provincia autonoma di Bolzano ha tempestivamente provveduto ad apportare alcune modifiche alla previgente normativa in relazione alle previsioni del codice dei contratti pubblici, approvando la l. p. 16 giugno 2023, n. 11, recante “Modifica alla l.p. 17 dicembre 2015, n. 16 “Disposizioni sugli appalti pubblici”¹⁷, le cui norme sono efficaci dal 1° luglio 2023¹⁸. Mentre quella di Trento, con il palesato obiettivo riordinare l'ordinamento provinciale sui contratti pubblici, seppur con un iter parti-

¹⁵ In questa sede si può solo accennare alla questione, mentre la Regione Siciliana, ad esempio, ha competenza legislativa esclusiva ex art. 14 dello Statuto lett. n) e r), ed amministrativa, giusta dd.PP.RR. nn. 635 e 637 del 1975; la Regione autonoma della Sardegna, pur godendo di tale competenza (artt. 3 e 4 dello Statuto), ma attende ancora il definitivo trasferimento delle competenze in materia, altre Regioni, come il Friuli-Venezia Giulia, hanno in merito competenze analoghe a quelle delle Regioni ordinarie, declinate dal d. lgs. 2 marzo 2007, n. 34.

¹⁶ Cfr. https://www.cortecostituzionale.it/ricorsi.do?operazione=ricerca_avanzata

¹⁷ V. http://lexbrowser.provinz.bz.it/doc/it/230519/legge_provinciale_16_giugno_2023_n_11.aspx?view=1

¹⁸ Alla quale ha fatto seguito la Circolare dell'Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, n. 7 del 4 luglio 2023, “Novità di rilievo introdotte dalla L.P. n. 11/2023, che ha adeguato la L.P. n. 16/2015 al nuovo Codice dei contratti pubblici”.

colarmente contorto, ha adottato, giusta delibera della Giunta provinciale del 31 marzo 2023, n. 548, un nuovo regolamento in materia¹⁹. Ma si veda, adesso, anche l'art. 11 l.p. 26 maggio 2023, n. 4 (“Variazione al bilancio di previsione della Provincia autonoma di Trento per gli esercizi finanziari 2023-2025 e disposizioni urgenti in materia di tributi locali, di finanza locale, di patrimonio, di contratti pubblici e di personale”, che ha provveduto ad abrogare norme previgenti incompatibili con il nuovo quadro sancito dal codice, in vigore dal 1° luglio.

Con riguardo alla Valle D’Aosta va richiamata la delibera della Giunta regionale del 6 luglio scorso, n. 752, che, «*in considerazione dell’efficacia, a decorrere dal 1° luglio 2023, delle disposizioni di cui al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*» e nelle more di una più ampia revisione della normativa regionale di settore, ha approvato disposizioni organizzative sulla centralizzazione della committenza dei contratti pubblici²⁰.

Per quanto concerne la Regione autonoma della Sardegna, la l.r. 13 marzo 2018, n. 8, recante “Nuove norme in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”, non risulta ancora sottoposta a modifiche ed integrazioni strutturali²¹.

Infine, nella Regione Siciliana, ove vige una disposizione di rinvio (c.d. dinamico o recettizio) alla legislazione statale operato dall’art. 24 della l.r. 17 maggio 2016, n. 8 sicché le previsioni del codice dei contratti pubblici del 2023 trovano già applicazione. La Giunta regionale ha approvato un dd.l. (n. 519, “Recepimento del nuovo codice dei contratti pubblici”),

¹⁹ V. <https://delibere.provincia.tn.it/scripts/VediAllegato.asp>, regolamento recante: “Riordino e semplificazione dell’ordinamento provinciale in materia di contratti pubblici in attuazione dell’art. 14 della l. prov. 27 dicembre 2021, n. 21 e ulteriori modificazioni del decreto del Presidente della Provincia 11 maggio 2012, n. 9-84”, emanato con D. Pres.P. Trento 12 aprile 2023, n. 8-84/Leg., poi coordinato con le modifiche introdotte dal D. Pres. P. 12 giugno 2023, n. 12-88/Leg.

²⁰ Cfr. <https://consultazione.delibere.regione.vda.it/amministrazione/delibere/documento.aspx?vis=vis&tipo=d&id=1001179>

²¹ È iscritto all’esame del Consiglio regionale il d.d.l. 373, presentato dalla Giunta regionale e recante “*Disposizioni di carattere istituzionale e ordinamentale su varie materie*”, che all’art. 19 prevede la modifica degli artt. 4, 6, 8 della l.r. n. 8 del 2018, al fine “*di rendere la normativa regionale coerente e adeguata alla corrispondente disciplina dettata a livello nazionale uniformando la regolamentazione in tema di programmazione dei lavori pubblici e di attività di verifica preliminare all’indizione della gara*”. Sulla l.r. del 2018, come ricordato, si è pronunciata la Corte costituzionale con la sent. n. 166 del 2019 dichiarando l’illegittimità di alcune disposizioni (37, commi 1, 2, 3, 4 e 8, e dell’art. 39, commi 1, 2 e 3, e 45).

attualmente all'esame dell'Assemblea regionale, che ha l'obiettivo di realizzare la riorganizzazione della struttura delle stazioni appaltanti ed introdurre alcune semplificazioni procedurali²².

Quello sinteticamente descritto è uno scenario in divenire, ancora frammentato ed incompleto, ma che consente di rilevare un dinamismo dei legislatori regionali/provinciali i cui esiti, tuttavia, non possono condurre a conclusioni univoche.

7. Brevi considerazioni conclusive

La scelta del legislatore delegato, pur di fronte al grande contributo offerto dal Consiglio di Stato nella predisposizione dello schema di decreto legislativo, di omettere del tutto una specifica norma sulle competenze regionali in materia che declinasse la clausola di salvaguardia inserita nella legge delega, lungi dal rappresentare una soluzione efficiente, rischia di alimentare il già conflittuale rapporto tra Stato e Regioni in materia. È infatti un dato purtroppo acclarato che la materia sia caratterizzata, in particolare nell'ultimo ventennio, da un contenzioso costituzionale rilevante sinteticamente richiamato.

Tale contenzioso, in gran parte dei casi subito dalle Regioni e dalle Province autonome, ha suscitato negli anni recenti ben cinque pronunce della Corte costituzionale, ma soprattutto ha determinato fasi di incertezza regolativa che hanno rallentato lavori, forniture e servizi con effetti sulla capacità di investimento e di spesa delle amministrazioni, ma anche di tempestivo impiego delle risorse europee, refluendo negativamente sull'attività di imprese e professionisti.

Aver scelto, piuttosto che una disciplina dettagliata che chiarisse le zone ancora grigie di una complessa relazione competenziale, magari do-

²² La disposizione modifica il primo comma dell'art. 1, l.r. 12 luglio 2011 n. 12, stabilendo che a decorrere dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016 “*si applicano nel territorio della Regione le disposizioni in esso contenute e le successive modifiche ed integrazioni nonché i relativi provvedimenti di attuazione, gli istituti, le nomenclature e le qualificazioni in esso richiamate, fatte comunque salve le diverse disposizioni introdotte dalla presente legge*”. Come precisato nella relazione al d.d.l. con l'entrata in vigore del nuovo Codice “*si rende necessario l'allineamento della norma di riferimento regionale al nuovo quadro normativo nazionale*”. Il d.d.l. è stato approvato con deliberazione della Giunta n. 253 del 19 giugno 2023, con la precedente delibera, n. 182 del 26 aprile 2023, era stato approvato un atto d'indirizzo in merito.

po un confronto e raccordo con le stesse Regioni²³, l'implicito riconoscimento di un quadro ancora in parte incerto, può riaprire una stagione di contenziosi che giustapporsi rispetto alle esigenze di semplificazione e fluidificazione delle decisioni pubbliche in materia nella logica del risultato che ispira, quale principio prioritario, la nuova legislazione.

I prossimi mesi delineeranno meglio uno scenario ancor oggi incerto. Fermo restando che solo la leale collaborazione tra i legislatori ed un confronto costruttivo multilivello possono solo dar ulteriore smalto ad un codice dei contratti pubblici che, seppur tra luci ed ombre, costituisce un importante passo in avanti dell'ordinamento giuridico italiano.

²³ Va evidenziato, invero, che le Regioni sul punto non hanno espresso una precisa posizione, probabilmente per avere margini di manovra in sede attuativa (e così assegnandosi il ruolo di “lepri” piuttosto che di inseguitori), pur di fronte alle assai articolate proposte emendative formulate in *Conferenza Unificata* e poi in audizione alle competenti commissioni Parlamentari. In particolare le proposte hanno riguardato: gli investimenti PNRR-PNC che devono seguire la normativa attuale tracciata dal d.l. semplificazione; la nomina del RUP a tempo determinato; la revisione dei prezzi anche servizi e forniture; i prezzari regionali; il cottimo fiduciario; la qualificazione di diritto delle Regioni e per i soggetti aggregatori sia per i servizi e le forniture che per lavori; la rimodulazione dei poteri sanzionatori di ANAC in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti che, dalle interlocuzioni. Invero si può rintracciare una proposta emendativa, invero meramente ripetitivi della previsione già esistente nella legge delega, (n. 13, art. 228-bis “*Clausola di salvaguardia-Funzioni delle regioni a statuto speciale e delle province autonome*”, per la quale “*per le regioni a statuto speciale resta fermo quanto disposto dall’articolo 2 della legge 21 giugno 2022, n. 78. Le province autonome di Trento e di Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute nei rispettivi statuti speciali nello statuto speciale e nelle relative norme di attuazione*”). v. https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg19/attachments/upload_file_doc_acquisiti/pdfs/000/008/122/Conferenza_Regione_e_delle_province_autonome.pdf