

Sentenza: n. 39 del 28/1/2020

Materia: appalti, incarichi dirigenziali, dibattito pubblico

Parametri invocati: articolo 117, primo e secondo comma, lettera e), della Costituzione in relazione all'impugnazione dell'art.1 l.r.46/2018; artt. 97 e 98 Cost.; artt. 97 e 118, primo comma, Cost.

Giudizio: legittimità in via principale;

Ricorrente: Presidente del Consiglio dei ministri

Oggetto: legge della Regione Toscana 6 agosto 2018, n. 46 (Disposizioni in materia di procedura di gara ed incentivi per funzioni tecniche. Modifiche alla L.R. 38/2007) articolo 1 e legge della Regione Toscana 7 gennaio 2019, n. 3 (Legge di manutenzione dell'ordinamento regionale 2018), articoli 2, 11 e 18;

Esito:

- illegittimità costituzionale dell'art. 1 della l.r. 46/2018.;
- illegittimità costituzionale dell'art. 2 della l.r. 3 /2019;
- inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 l.r. 3/2019, promossa, in riferimento agli art. 97 e 118, primo comma, della Costituzione;
- non fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 11 l.r. 3/2019, promossa, in riferimento agli artt. 97 e 98 Cost.;

Estensore nota: Ilaria Cirelli

Sintesi:

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato l'articolo 1 l.r. 46/2018, che inserisce nella l.r. 38/2007 (Norme in materia di contratti pubblici e relative disposizioni sulla sicurezza e regolarità del lavoro) l'art. 35-ter.

Esso prevede che nelle procedure negoziate sotto soglia, quando il criterio di aggiudicazione è quello del minor prezzo, le stazioni appaltanti possono decidere di esaminare le offerte economiche prima di verificare la documentazione amministrativa attestante l'assenza dei motivi di esclusione ed il rispetto dei criteri di selezione ai sensi Codice dei contratti pubblici (d.lgs 50/2016) e che nell'avviso di manifestazione di interesse sono indicate l'intenzione di avvalersi di tale facoltà e le modalità di verifica, anche a campione, dell'assenza dei motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione.

Secondo il ricorrente, la disposizione impugnata viola l'articolo 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'articolo 56, paragrafo 2, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici, ai sensi del quale l'inversione dell'apertura delle buste di gara è consentita per le procedure aperte e non anche per quelle negoziate; nonché l'articolo 117, secondo comma, lettera e), Cost., perché detta una disciplina difforme da quella dell'articolo 133, comma 8, del codice dei contratti pubblici, che prevede la facoltà di inversione per le sole procedure aperte.

Il Presidente del Consiglio dei ministri, con altro ricorso, ha impugnato gli articoli 2, 11 e 18, della l.r. 3/2019 e ha chiesto di dichiarare, in via consequenziale, l'illegittimità costituzionale dell'articolo 8 commi 5 e 6, della l. 46/2013 (Dibattito pubblico regionale e promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali).

L'articolo 2 impugnato, rubricato *Disposizioni per la semplificazione della gestione amministrativa delle procedure negoziate sotto soglia. Modifiche all'art. 35-ter della L.R. 38/2007*, interviene sull'articolo 35-ter, introdotto dalla l.r.46/2018, modificando marginalmente entrambi i suoi commi

prevedendo che nell'avviso di manifestazione di interesse è indicato che sono invitati tutti gli operatori economici che hanno manifestato interesse (comma 1), e a sostituire le parole *nel bando* con quelle *nell'avviso* (comma 2). Le modifiche, dunque, di mero dettaglio non eliminerebbero il vizio di incostituzionalità derivante dal fatto che l'inversione dell'apertura delle buste di gara è consentita solo per le procedure aperte e non anche per quelle negoziate.

L'articolo 11, rubricato *Mobilità dei dirigenti. Modifiche all'articolo 18 della L.R. 1/2009*, violerebbe gli articoli 97 e 98 Cost. e i principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione. La sostituzione del comma 2 dell'articolo 18 prevede infatti che nel corso dell'incarico dirigenziale il Direttore generale e i direttori, per specifiche esigenze organizzative possono, sentiti i dirigenti interessati, disporre la modifica dell'incarico ai dirigenti della struttura di cui essi sono responsabili e assegnarli ad altro incarico di livello corrispondente; infine assegnare un incarico di differente livello, esclusivamente previo consenso del dirigente interessato.

Secondo il Presidente del Consiglio dei ministri la norma si pone in contrasto con gli articoli 19, 21 e 27 del d. lgs. 165/2001 che stabilisce come vincolanti per le Regioni ordinarie i principi per cui qualunque modifica dell'incarico dirigenziale può avvenire solo su base consensuale e la revoca dell'incarico può essere determinata solo da una responsabilità dirigenziale.

Nella disposizione regionale invece, nelle prime due ipotesi, la modifica dell'incarico dirigenziale avverrebbe senza il consenso del dirigente interessato. Nell'ultima fattispecie la revoca e l'assegnazione di un incarico di differente livello, possono essere disposte sulla base di esigenze di tipo organizzativo e non di responsabilità del dirigente interessato.

L'ultima disposizione impugnata, l'articolo 18 l.r. 3/2019, rubricato *Interventi, progetti e opere oggetto di Dibattito Pubblico. Modifiche all'art. 8 della L.R. 46/2013* modifica l'articolo 8 della l.r. 46/2013, introducendo, al comma 4, la lettera b-bis. L'articolo 8 individua gli interventi, i progetti e le opere oggetto di dibattito pubblico, stabilendo sia i casi in cui si deve o può fare luogo a dibattito (commi 1, 2 e 3) sia quelli esclusi (comma 4). Il comma 5, poi, prevede che il dibattito pubblico si svolge sulle seguenti tipologie di opere nazionali per le quali la Regione è chiamata ad esprimersi: a) infrastrutture stradali e ferroviarie; b) elettrodotti; c) impianti per il trasporto o lo stoccaggio di combustibili; d) porti e aeroporti; e) bacini idroelettrici e dighe; f) reti di radiocomunicazione. Il comma 6 stabilisce le modalità di svolgimento del dibattito pubblico. Secondo il ricorrente la norma introdotta, letta in combinato disposto con i successivi commi 5 e 6 dell'articolo 8, cui chiede di estendere in via consequenziale la dichiarazione d'illegittimità costituzionale, determinerebbe una indebita sovrapposizione della normativa regionale a quella statale, e in particolare con l'articolo 22 del codice dei contratti e con il d.p.c.m. 76/2018.

Infatti secondo il governo, le opere del comma 5 sono state genericamente indicate e ricomprenderebbero anche opere nazionali di interesse regionale che, in base al d.p.c. m. 76/2018, Regolamento recante modalità di svolgimento, tipologie e soglie dimensionali delle opere sottoposte a dibattito pubblico) non sono assoggettate a dibattito pubblico.

Dunque per tali opere, per cui è escluso il dibattito nazionale, dovrebbe essere escluso anche quello regionale, e ciò sia perché la loro realizzazione è di esclusiva competenza statale, sia perché il dibattito regionale si tradurrebbe in un evidente appesantimento dell'attività amministrativa, e di un allungamento dei tempi di realizzazione dei progetti: con conseguente interferenza regionale nell'esercizio di funzioni amministrative riservate allo Stato.

La Corte riunisce i giudizi perché soggettivamente e oggettivamente connessi.

Esaminando nel merito le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 1 della l. r. 46/2018 e dell'articolo 2 della l.r. 3/2019, che hanno, rispettivamente, introdotto e modificato l'articolo 35-ter della l.r. 38/2007, sono fondate sotto il profilo della violazione dell'articolo 117, secondo comma, lettera e), Cost. La Corte argomenta come sia ormai pacifico che le disposizioni del codice dei contratti pubblici sulle procedure di gara sono riconducibili alla materia della tutela della concorrenza, ciò anche con riguardo alle disposizioni relative ai contratti sotto soglia.

Secondo infatti la giurisprudenza costituzionale *alla tutela della concorrenza deve essere ricondotta l'intera disciplina delle procedure di gara pubblica* (sent. 46 e 28 del 2013, 339/2011 e 2832009), *in quanto quest'ultima costituisce uno strumento indispensabile per tutelare e promuovere la*

concorrenza in modo uniforme sull'intero territorio nazionale senza che rilevi che la procedura sia aperta o negoziata (sent. 322/2008).

Né è corretta la tesi della Regione Toscana, secondo cui il codice dei contratti pubblici, prevedendo espressamente l'inversione dell'esame per le procedure aperte, non per questo la escluderebbe per quelle negoziate. Il dato testuale, infatti, è chiaro nel riferire l'inversione esclusivamente alle prime e di escluderla per le seconde.

In conclusione, per la Corte, la scelta di consentire o meno l'inversione procedimentale implica un delicato bilanciamento fra le esigenze di semplificazione e snellimento delle procedure di gara e quelle, fondamentali, di tutela della concorrenza, della trasparenza e della legalità delle medesime procedure, bilanciamento che, secondo la Corte, non può che essere affidato al legislatore nazionale nell'esercizio della sua competenza esclusiva in materia, quale garanzia di uniformità della disciplina su tutto il territorio nazionale.

La Corte dichiara assorbita la censura di violazione dell'articolo 117, primo comma, Cost.

Con riguardo all'articolo 11 della l. r. 3/2019, che ha sostituito l'articolo 18, comma 2, della l.r. 01/2009, la Corte giudica la questione non fondata. Le norme del d.lgs. 165/2001, articoli 19, 21 e 27, contrariamente a quanto dedotto dal ricorrente, non recano affatto i principi della necessaria consensualità della modifica dell'incarico e della sua non revocabilità al di fuori dei casi di responsabilità dirigenziale.

La prima norma del d.lgs. 165/2001, infatti, si limita a ribadire, con riferimento al contratto accessivo al provvedimento di incarico, l'applicabilità del generale principio civilistico della risoluzione per mutuo consenso, ma non implica che siano vietate ipotesi di risoluzione unilaterale.

La seconda, invece, interpretata in coerenza con la sua ratio, intende assicurare il principio di continuità dell'azione amministrativa correlato al principio costituzionale di buon andamento della stessa e di impedire valutazioni della performance del dirigente che prescindano dalla verifica della diligenza nell'espletamento dell'incarico e del raggiungimento degli obiettivi prefissati, a tutela del principio di imparzialità della pubblica amministrazione.

La necessità di consentire il mutamento o la revoca dell'incarico dirigenziale in presenza delle cennate obiettive esigenze organizzative, infatti, è immanente al sistema, perché risponde ai fondamentali principi di buon andamento, efficienza ed efficacia dell'attività amministrativa, tutti riconducibili all'articolo 97 Cost..

È invece da respingere, secondo la Corte, la tesi sostenuta dal ricorrente, poiché essa, pur di garantire la continuità del singolo incarico dirigenziale, porterebbe al paradosso di giustificare la sua immutabilità anche ove venga meno la struttura amministrativa da dirigere o, al contrario, la permanenza in vita di una struttura amministrativa non più rispondente all'interesse pubblico.

Tuttavia resta necessario precisare, argomenta la Corte, che il mutamento o la revoca dell'incarico per giustificate ragioni oggettive non possono in alcun modo essere utilizzati per mascherare illegittime rimozioni di dirigenti sgraditi ad opera dei dirigenti generali o camuffate ipotesi di responsabilità dirigenziale.

Per quanto infine concerne l'impugnazione dell'articolo 18 della l.r. 3/2019, la Corte giudica la questione inammissibile per *aberratio ictus*.

È lo stesso Presidente del Consiglio dei ministri ad ammettere che oggetto precipuo della sua doglianza non è la norma impugnata in via principale: l'articolo 8, comma 4, lettera b-bis della l.r. 46/2013 che, come dichiarato nel preambolo della stessa legge regionale, per evitare una duplicazione dell'attività amministrativa ha escluso il dibattito pubblico regionale in presenza di un dibattito pubblico statale, ma quelle successive (i commi 5 e 6 del citato art. 8), che disciplinano l'*an* ed il *quomodo* del dibattito regionale su opere nazionali.

È evidente secondo la Corte che il ricorrente ha impugnato la sopravvenuta lettera b-bis) del comma 4, in sé non pertinente rispetto all'oggetto delle censure per colpire, per il tramite dell'invocata illegittimità costituzionale in via consequenziale, le altre due norme ovvero i commi 5 e 6 dell'articolo 8, il cui termine d'impugnazione, al momento della proposizione del ricorso, era già scaduto.

Alla declaratoria di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'articolo 18 della

consegue la non accoglibilità della richiesta di dichiarazione di illegittimità costituzionale in via consequenziale dell'articolo 8, commi 5 e 6.