

**OSSERVATORIO LEGISLATIVO INTERREGIONALE**

Bologna 10 – 11 aprile 2003

REGIONALISMO ASIMMETRICO E RIFORMA  
DELLA COSTITUZIONE

A cura di:  
D.ssa Anna Amorosini  
Giunta regionale Piemonte

## **Aspetti interpretativi art. 24 della legge 289/2002 (legge finanziaria 2002)**

Tra le diverse perplessità interpretative sollevate dalla legge finanziaria per l'anno 2002, n. 289/2002, particolare attenzione, per la confusione che ha da subito generato tra i vari interpreti, merita l'art. 24, in modo particolare il comma 5, che disciplina le ipotesi in cui è ammesso ricorrere alla trattativa privata per gli acquisti di beni e servizi.

In realtà l'art. 24 della legge 289, pone essenzialmente due ordini di problemi:

- a) stabilire se la materia dell'acquisizione di appalti, servizi e forniture, sia di competenza esclusiva o rientri nella potestà legislativa-concorrente delle Regioni.
- b) relativi all'applicazione dell'art. 24, in modo particolare del comma 5, che parrebbe imporre un giro di vite sul ricorso alla trattativa privata obbligando le amministrazioni pubbliche a farvi ricorso "solo in casi eccezionali e motivati, previo esperimento di una documentata indagine di mercato, dandone comunicazione alla sezione regionale della Corte dei Conti".

Alla luce del novellato titolo V della Costituzione, si osserva che la disciplina dell'acquisizione di appalti, servizi e forniture, è da ascrivere alla potestà normativa generale-residuale delle Regioni, (non essendo ricompresa nell'elenco delle materie di cui al secondo comma art. 117 C. di competenza esclusiva dello Stato, tanto meno nell'elenco dell'art. 117 C. terzo comma, materie di legislazione concorrente, nelle quali spetta allo Stato la determinazione dei principi fondamentali).

Ciononostante, per legittimare una potestà legislativa statale in tale materia, l'art. 24 richiama "ragioni di trasparenza e concorrenza", che, ai sensi dell'art. 117, comma 2 lettera e), rientra nella competenza esclusiva statale. In realtà più che materia, diversi autori, ritengono che questa fattispecie "tutela della concorrenza" sia una competenza normativa, di per sé trasversale, capace, ovvero, di influenzare ogni vera e propria materia oggetto di normazione.

Inoltre la norma, pur qualificandosi come disposizione mirata a tutelare la concorrenza, in realtà non ha un chiaro contenuto relativo a tale materia. Non introduce alcuna nuova regola di tutela della concorrenza, ma si limita ad estendere una regolamentazione mirata alla massima partecipazione alle gare.

Non è con l'estensione di gare strutturate in base alla normativa comunitaria o con l'introduzione di regole più restrittive per la trattativa privata che si tutela la concorrenza. Non sembra facilitare altresì la concorrenza nel mercato il sistema dell'acquisizione tramite le convenzioni Consip, visto che così facendo si verrebbe a ridurre sensibilmente le possibilità di partecipazione a procedure di scelta del

contraente, imponendo anche forzosamente un prezzario, con la creazione addirittura di una sorta di monopolio a favore delle imprese affidatarie delle convenzioni Consip.

Inoltre ulteriore elemento di contrasto con l'art. 117 C. è dato dal nono comma art. 24 in cui è sancito che le disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 5 "costituiscono per le regioni norme di principio e di coordinamento".

Se si volesse ricavare la potestà dello Stato ad intervenire sulla materia degli approvvigionamenti di beni e servizi dall'articolo 117, comma 2, lettera e), della Costituzione, trattandosi di potestà esclusiva, tutte le disposizioni dell'art. 24 dovrebbero trovare integrale applicazione e non costituire "norme di principio e di coordinamento per le Regioni".

Le materie di legislazione concorrente, nelle quali lo Stato pone le norme di determinazione dei principi fondamentali (e non norme di principio e di coordinamento), sono enumerate dal terzo comma dell'art. 117 Costituzione e, a nessuna di esse può ascriversi la disciplina posta dall'art. 24 in questione.

Taluni studiosi hanno considerato l'espressione "norme di principio e di coordinamento" del nono comma come un richiamo alla materia "armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario", ma il coordinamento della finanza pubblica trattasi di materia propria, non una mera esigenza in relazione alla quale giustificare qualsiasi intervento dello Stato nei molteplici settori economici, anche se ricadenti nella potestà legislativa rimessa alle Regioni.

Inoltre, se per ipotesi così fosse, si ricorda che nelle materie di legislazione concorrente la potestà legislativa spetta alle Regioni, "salvo che per la determinazione dei principi fondamentali", mentre al contrario l'art. 24 detta una disciplina molto dettagliata.

In realtà il richiamo alla trasparenza e alla concorrenza del primo comma dell'art. 24 mette in risalto la "ratio" del nuovo obbligo procedurale ossia la necessità di garantire la trasparenza e la concorrenza nelle procedure di gara indette dalle pubbliche amministrazioni, per il raggiungimento di un obiettivo finale ben preciso: quello di ottenere, attraverso una maggiore concorrenza, condizioni economiche più favorevoli ed una migliore qualità dei beni e servizi acquisiti; in una logica che appare orientata alla razionalizzazione e al contenimento della spesa pubblica.

Per quanto riguarda il secondo ordine di problemi, inerenti alle modalità applicative dell'art. 24.

Il primo comma dell'art. 24 pone un problema interpretativo che ha due possibili letture:

"Le Amministrazioni aggiudicatrici (.....) espletano procedure aperte o ristrette, con le modalità previste dalla normativa nazionale di recepimento della normativa comunitaria, anche quando il valore del contratto è superiore a 50.000 euro [....]".

Prima lettura interpretativa: si potrebbe ipotizzare una notevole restrizione delle facoltà discrezionali delle amministrazioni pubbliche che sono obbligate (salve le eccezioni indicate nel comma 2)<sup>1</sup> a indire una gara pubblica (procedura aperta o ristretta) quando si devono effettuare acquisti o forniture di importo superiore a 50 mila euro.

Tale interpretazione avrebbe come conseguenza l'eliminazione dell'istituto stesso della trattativa privata. Una interpretazione così restrittiva parrebbe anche del tutto irragionevole, primo perché è lo stesso legislatore statale al 5 comma che prevede la trattativa privata e secondo vietare la trattativa privata nell'intervallo di importo tra 50.000 euro e la soglia di rilievo comunitario (162.293 euro oppure 249.681 euro, a seconda delle stazioni appaltanti) non avrebbe nessuna logica, anzi il diritto nazionale andrebbe a contrastare la direttiva comunitaria che prevede espressamente tale procedura.

Seconda lettura interpretativa: "le amministrazioni aggiudicatrici, quando espletano procedure aperte o ristrette, sono tenute a farlo con le modalità previste dalla normativa nazionale di recepimento della normativa comunitaria, anche quando il valore del contratto è superiore a 50.000 euro.

Il legislatore nazionale ha richiamato, in definitiva, rendendolo obbligatorio, il principio esposto nella direttiva servizi.

"Le amministrazioni aggiudicatrici possono far pubblicare nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee bandi di gara concernenti gli appalti di servizi non soggetti alla pubblicità obbligatoria prevista dalla presente direttiva (Dir. 92/50, art. 21).

In realtà così facendo il legislatore ha voluto conseguire come obiettivi della maggiore trasparenza nelle procedure di gara espletate nei settori di servizi e delle forniture e garantire un'effettiva concorrenza tra gli aspiranti alla fornitura del bene o alla prestazione del servizio.

Intento e indirizzo recentemente espresso nella Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento delle Politiche comunitarie del 6 giugno 2002 n. 8756 ("Normativa applicabile agli appalti pubblici sottosoglia), con la quale si è voluto ribadire, in linea con la giurisprudenza comunitaria, che "anche quando taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie nel settore degli appalti pubblici, ciò non significa che detti appalti di modesto rilievo economico siano esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario, essendo pacifico, che le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono comunque tenute a rispettare i principi fondamentali del Trattato" e, quindi, si sono invitate le

---

<sup>1</sup> A) i comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti; b) le pubbliche amministrazioni, nell'ipotesi in cui facciano ricorso alle convenzioni quadro definite dalla Consip s.p.a. ai sensi degli artt. 26 della legge 488/99, 59 della legge 388/2000 e 32 della legge 448/2001, ovvero facciano ricorso al mercato elettronico della pubblica Amministrazione di cui art. 11 del regolamento di cui al d.p.r. 101/2002; c) le cooperative sociali, ai sensi dell'art. 1. comma 1. lett. b), della legge 381/1991.

amministrazioni interessate a conformarsi alle prescrizioni comunitarie anche in sede di stipulazione di contratti sottosoglia e di gestione delle relative procedure selettive.

La disposizione di cui al comma 1 dell'art. 24 deve essere letta contestualmente al disposto del successivo comma 5, a norma del quale si prescrive che il ricorso alla trattativa privata, pur se consentita dalla vigente normativa deve essere limitata ai casi eccezionali e motivati, e comunque previo esperimento di apposta indagine di mercato e successiva comunicazione alla sezione regionale della Corte dei Conti.

In sintesi, quindi, i contratti di importo superiore ai 50.000 euro possono essere affidati anche tramite altre procedure che non siano le sole gare formali, aperte o ristrette, richiamate dalla legge finanziaria in esame, ovvero tramite le procedure negoziate, siano esse espletate mediante affidamento diretto<sup>2</sup>, sia con trattativa privata.

La disposizione di cui al comma 5, ha voluto rafforzare il concetto di eccezionalità del ricorso alla trattativa privata, eccezionalità che deve compiutamente emergere dalla motivazione che sorregge la scelta in tal senso operata dall'amministrazione aggiudicatrice, scelta operata previo esperimento di una documentata indagine di mercato e successivo obbligo di comunicazione dell'espletamento della trattativa privata alla Sezione Regionale della Corte dei Conti.

Quanto al presupposto dell'eccezionalità, in realtà si tratta della conferma della disciplina già vigente.

Già nelle norme di contabilità di Stato (r.d. 18 novembre 1923 n. 2440 e nel regolamento 23 maggio 1924, n. 824), il ricorso alla trattativa privata era immaginato come evento assolutamente eccezionale<sup>3</sup>.

Il riferimento è sempre stato a situazioni eccezionali, che non consentissero il ricorso a strumenti ordinari (v. sent. Consiglio di Stato, Sez. IV, 5/07/2002 N. 3697)<sup>4</sup> ed è importante che l'urgenza non debba dipendere da negligenze dell'Amministrazione.

Per quanto riguarda l'indagine di mercato, la norma, riprendendo quanto era stato già affermato da altre leggi finanziarie, impone all'Amministrazione di individuare il contraente, nella trattativa privata, previo esperimento di una documentata indagine di mercato. Documentata indagine significa richiamare l'attenzione dell'Amministrazione sulla necessità che il contraente, nella trattativa

---

<sup>2</sup> Quando la legge di contabilità consente alla stessa P.A. di provvedere, in determinate circostanze, ad assicurare i propri bisogni anche direttamente mediante i propri organi, attraverso i due noti sistemi di effettuazione delle spese in economia: amministrazione diretta (quando l'Amministrazione provvede direttamente, organizzando quanto necessario con una gestione diretta e senza intermediazione di imprese private); cottimo fiduciario (quando il funzionario dell'Amministrazione affida direttamente la realizzazione dell'opera, il servizio o la fornitura ad un'impresa di fiducia)

<sup>3</sup> Art. 6 r.d. 240/1923 ammetteva ricorso alla trattativa privata "per speciali ed eccezionali circostanze, che dovranno risultare nel decreto di approvazione del contratto".

<sup>4</sup> "L'urgenza che nell'aggiudicazione dei contratti della pubblica amministrazione legittima il ricorso alla trattativa privata, strumento derogatorio rispetto ai sistemi fondati sulla regola della gara pubblica, va intesa in senso non generico e deve essere quindi oggettivamente qualificata".

privata, venga individuato con particolare attenzione, a seguito di un apposito procedimento, l'esito del quale deve essere adeguatamente documentato, o l'Amministrazione ha già un elenco dei fornitori, oppure occorrerà, di volta in volta, utilizzare uffici appositamente dedicati.

La documentata indagine di mercato è utile per poter valutare il prezzo che l'Amministrazione ritenga congruo, valutazione che discende non soltanto dall'analisi del prezzo medesimo, ma anche, dal suo raffronto con quello proposto da altri soggetti e comunque con quello praticato sul mercato.

Infine è prevista come obbligatoria la comunicazione alla sezione regionale della Corte dei Conti.

La legge finanziaria non stabilisce le conseguenze della violazione del disposto del V comma dell'art. 24. Di conseguenza, se si è in presenza di una trattativa privata espletata al di fuori delle regole disciplinate dalla legge l'orientamento del Consiglio di Stato (concludendosi la trattativa privata con un atto che è un provvedimento amministrativo) è nel senso che la violazione di queste regole comporta l'illegittimità del provvedimento finale, illegittimità che si riflette sul contratto determinandone l'annullabilità.

Peraltro, nello stesso articolo 24 della legge finanziaria si afferma che la violazione di cui al comma 1 o la violazione dell'obbligo di utilizzare le convenzioni quadro comporta la nullità dei contratti.

La Regione Piemonte ha inserito nella legge finanziaria regionale 2003 un articolo, il 27, con il quale si è data il termine di un anno per adeguare la propria normativa ai principi stabiliti dall'art. 24.

Contemporaneamente, è stato proposto ricorso alla Corte Costituzionale avverso l'art. 24.

Infine si ritiene di attivare un gruppo di lavoro ristretto che possa elaborare una nuova legge regionale che vada a disciplinare l'attività contrattuale regionale, sulla base dello schema del Testo Unico sugli appalti pubblici elaborato da una Commissione mista costituita da Regioni, parti sociali, Autonomie locali, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Itaca, schema formalmente approvato dalla Conferenza dei Presidenti in data 13.03.2003.

La Regione Lombardia ha stabilito che il comma 9 dell'art. 24 l. 289/2002 "non vieta affatto alle Regioni di introdurre una loro specifica normativa in materia di contratti della pubblica amministrazione che differisca da quella fissata dalla legge finanziaria, purché, naturalmente, vengano (...) osservati i principi quali essa si ispira (...)" e fin qui nulla-quaestio.

Il punto però è un altro, la Regione Lombardia ha adottato questa scelta:

"Il ricorso a procedure diverse da quelle aperte o ristrette (di qualunque tipo esse siano, comprese le trattative private, gli acquisti secondo gli usi del commercio, il cottimo fiduciario, e simili) è escluso per tutti i

contratti di valore superiore ai 50.000 euro (salve, ovviamente le ipotesi di cui al comma 2 dello stesso art. 24). Detto limite va, dunque, previsto nella normativa regionale.

La Regione Toscana: ha abbassato la soglia per il ricorso alla trattativa privata, da "100 mila euro" a "50 mila euro", quindi adeguandosi a quanto disposto dalla legge finanziaria, e ha previsto una procedura di trattativa privata preceduta da bando di gara in altre ipotesi: "quando l'importo presunto non superi 100.000 euro al netto dell'IVA; in casi eccezionali, quando la natura della fornitura o del servizio non consentono la fissazione preliminare e globale di un prezzo o la determinazione delle specifiche tecniche della prestazione; in caso di concorso di progettazione, inteso a fornire all'amministrazione aggiudicatrice un piano o un progetto, con o senza assegnazione di premi".

Si rileva che il bando, verrebbe ad esplicitare la funzione giuridica di consentire all'amministrazione di scegliere i fornitori con cui negoziare i termini del contratto.

Esso genera una sorta di licitazione imperfetta, si ha una richiesta formale di candidatura, cui però segue un invito non a presentare un'offerta, ma a negoziare.