



Gruppo di lavoro

“Outsourcing, procurement, contratti delle pubbliche amministrazioni: l’acquisto di beni e servizi della pubblica amministrazione tra sprechi e risparmio”

Corte Costituzionale, outsourcing delle funzioni strumentali e processi di acquisto

(di Francesca Di Lascio - versione del 28 novembre 2005)

Publicato in “ASTRID – Rassegna” n. 1 del 2006

- Nota per il gruppo di lavoro –

1. Considerazioni preliminari
2. L’esternalizzazione dei servizi di supporto agli uffici di diretta collaborazione (sentenza n. 277/2005)
3. La disciplina di acquisto di beni e servizi è materia regionale? (sentenze n. 345/2004 e 417/2005)
4. Brevi riflessioni conclusive

1. Considerazioni preliminari

È noto come la revisione del Titolo V della Costituzione abbia avviato una profonda fase di riflessione sul vigente assetto delle competenze legislative ed amministrative, ora nuovamente ripartite tra Stato e Regioni sulla base di quanto disposto dal riformato art. 117.

Quello citato non è, naturalmente, il solo profilo problematico conseguente alla richiamata riforma, ma non c’è dubbio si tratti di quello che, forse, ha posto le questioni interpretative più complesse, poche delle quali, a quattro anni dalla riforma, hanno trovato una completa risoluzione.

Le radici di questa criticità di fondo, almeno in parte, possono essere rintracciate nella discrasia esistente tra il momento di approvazione della riforma costituzionale, avvenuta, si ricorda, a pochi mesi dal termine della precedente legislatura, e l’avvio della sua concreta attuazione, spettante ad una compagine governativa di segno opposto alla precedente e dichiaratamente poco favorevole a molti dei caratteri propri dell’assetto

definito dal novellato Titolo V. In parte, dunque, il ritardo sarebbe dovuto al c.d. “ostruzionismo della maggioranza”¹.

D’altro canto, però, non v’è dubbio che i meccanismi di effettivo “funzionamento” della riforma costituzionale siano stati rallentati dalle ricorrenti imperfezioni tecniche contenute nel testo del nuovo Titolo V nonché da alcuni “tasselli” mancanti al completamento di un disegno organico in senso pienamente federale del nostro Stato². Si tratta di tutti quei profili in merito ai quali il dibattito parlamentare, avvenuto durante la precedente legislatura, non ha raggiunto l’ampio e necessario consenso delle forze politiche coinvolte³.

Per contro, l’approvazione della l. n. 131/03 (c.d. legge La Loggia), ad oggi la sola norma generale di attuazione della riforma costituzionale operata nel 2001, è stata sostenuta da una maggioranza molto forte, a dimostrazione dell’avvertita necessità di ulteriori disposizioni legislative, volte a rendere più agevole il concreto utilizzo dei principi e dei criteri contenuti nel novellato Titolo V⁴.

Il predetto provvedimento, infatti, contiene la disciplina che il legislatore ha concepito con l’intento di adeguare il nostro ordinamento alle modifiche introdotte dalla l. cost. n. 3/01, e, in questo contesto, si occupa, tra l’altro, di fornire precisazioni in merito ai meccanismi procedurali atti alla definizione dei rapporti tra normativa statale e regionale, sia con riguardo alla configurazione assunta da quest’ultima, sia con riferimento all’assetto delle competenze negli ambiti materiali che l’art. 117, co. 3, rimette alla potestà concorrente.

¹ In tal senso, vedi L. Vandelli, “L’attuazione della riforma del titolo V e le prospettive della legge 131”, in AA.VV., *Legge “La Loggia” – Commento alla L. 5 giugno 2003 n. 131 di attuazione del Titolo V della Costituzione*, Maggioli, 2003.

² F. Cuocolo, *Principi fondamentali e legislazione concorrente dopo la revisione del Titolo V, parte seconda, Cost.*, in *Quad. reg.*, 2003, pag. 721, parla di “disposizioni talora oscure o suscettibili di diverse conclusioni”, facendo tra l’altro riferimento alle possibili interpretazioni della mutazione terminologica intervenuta nell’art. 117, co.1, laddove si precisa che Stato e Regioni hanno “potestà legislativa” a fronte della precedente versione del medesimo articolo in cui, alle seconde, veniva attribuita la competenza ad “emanare norme legislative”.

³ A riguardo si veda G. De Martin, *Primi elementi di lettura della riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Amministrazione in cammino*, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell’economia e di scienza dell’amministrazione a cura del Centro “V.Bachelet”, reperibile all’indirizzo www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2001, che richiama, in particolare, il riassetto del Parlamento con l’introduzione della Camera delle autonomie, l’accesso delle autonomie locali alla Corte Costituzionale ed il potenziamento dei meccanismi di “dialogo” tra livelli di governo.

⁴ Tra i primi commenti alla legge c.d. La Loggia si segnalano G. Vesperini, *La legge di attuazione del nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Gior.Dir.Amm.*, 2003, 11, pag. 1109 e ss., G. Falcon (a cura di), *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, Giuffrè, 2003, e AA.VV., *Legge “La Loggia” – Commento alla L. 5 giugno 2003 n. 131 di attuazione del Titolo V della Costituzione*, cit.

Sotto quest'ultimo aspetto, ha fatto molto discutere la previsione indicata dal comma 4 del predetto articolo, che contiene la delega al Governo per la ricognizione dei principi fondamentali contenuti nella legislazione statale vigente, la quale deve avvenire nel rispetto e nell'osservanza dei criteri di esclusività, adeguatezza, chiarezza, proporzionalità ed omogeneità nonché degli ulteriori principi indicati dal successivo comma 6⁵. Si osserva che richiamata delega, ad oggi, non è ancora stata esercitata e l'inerzia del Governo ha reso necessario prorogare per ben due volte il termine di un anno, inizialmente stabilito dall'art. 1, co.4, della l. n. 131/03⁶.

La descritta situazione di “stallo” non ha, tuttavia, impedito alla Corte Costituzionale di intervenire nei ricorsi aventi ad oggetto questioni relative alla formulazione, ai contenuti o alle procedure di attuazione della l. cost. n. 3/01 previste dalla legge La Loggia.

In tal senso, il riferimento più significativo è alla sentenza n. 280/04 che, accontentando solo una parte delle censure mosse dalle regioni ricorrenti, ha dichiarato incostituzionali i commi 5 e 6 dell'art. 1 della citata norma, giudicati in contrasto con una lettura “minimale” del potere di delega concesso al Governo poiché suscettibili di alterare “*il carattere ricognitivo dell'attività delegata...in favore di forme di attività di tipo selettivo*” tali da estendere la medesima delega “*in maniera impropria ed indeterminata, ad un'attività di sostanziale riparto delle funzioni e ridefinizione delle materie*”, ciò in assenza di precisi criteri direttivi⁷. Dal che sarebbe derivato, nel giudizio della Consulta, un'ipotesi di violazione dell'art. 76 della Costituzione⁸.

Il contesto così sommariamente delineato ci porta ad osservare che, da un lato, la difficile attuazione della riforma costituzionale del 2001 ha richiesto una nuova ed organica azione del legislatore, mentre dall'altro ha stimolato un crescente intervento della Corte Costituzionale, diventato sempre più giudice “creativo” nell'individuazione

⁵ Si veda, tra gli altri, l'opinione espressa da A. D'Atena, *Legislazione concorrente, principi fondamentali e delega per la formazione dei principi fondamentali*, in www.forumcostituzionale.it, nella sezione “Speciale Regioni”, e, dello stesso Autore, *La difficile transazione in tema di attuazione della riforma del Titolo V*, in *Le Regioni*, 2003, 3, pag. 317 e ss.

⁶ In particolare, in un primo momento il termine utile per l'esercizio della delega è stato ampliato a due anni dall'art. 1 della l. n. 140/04, per poi essere portato a tre dall'art. 4 della l. n. 306/04.

⁷ Corte Costituzionale, sentenza 13 luglio 2004, n. 280, reperibile in www.cortecostituzionale.it.

⁸ Per un commento alla sentenza n. 280/04, si veda F. Drago, *Luci (poche) ed ombre (molte) della sentenza della Corte Costituzionale sulla delega per la ricognizione dei principi fondamentali*, in *Federalismi.it*, 2004, 22, rivista telematica reperibile all'indirizzo www.federalismi.it. Più in generale sul tema, si segnala, dello stesso Autore, *Legislazione concorrente e ricognizione dei principi fondamentali nel processo di attuazione del Titolo V della Costituzione*, Giuffrè, 2004.

di nuove soluzioni interpretative di risposta alle continue richieste di orientamento presentate dallo Stato e dalle regioni.

A distanza di più di quattro anni dall'entrata in vigore della l. cost. n. 3/01, si può, dunque, dire che il contenzioso relativo al Titolo V non ha "risparmiato" pressoché nessuno degli ambiti materiali indicati dagli elenchi dell'art. 117, all'interno dei quali sono stati ricondotti gli "oggetti" di volta in volta posti al centro dei ricorsi presentati⁹.

Questo diffuso processo di interpretazione e definizione ha riguardato, com'era prevedibile, anche gli strumenti gestionali posti a disposizione delle amministrazioni pubbliche per l'esercizio delle proprie funzioni e dei propri servizi, ivi compresa l'esternalizzazione degli stessi al di fuori dell'originaria organizzazione amministrativa.

In particolare, con la recente sentenza 15 luglio 2005, n. 277 la Corte Costituzionale si è pronunciata in tema di *outsourcing* dei servizi di supporto a strutture di diretta collaborazione, mentre con la più complessa sentenza 15 novembre 2004, n. 345, la Consulta ha espresso il suo orientamento sulla ripartizione delle competenze legislative ed amministrative inerenti la gestione dei processi di acquisto¹⁰.

2. L'esternalizzazione dei servizi di supporto agli uffici di diretta collaborazione (sentenza n. 277/2005).

La decisione assunta dalla Corte con la sentenza n. 277/05 ha riguardato il ricorso proposto dal Presidente del Consiglio dei Ministri avverso l'art. 31 della legge della Regione Lazio 27 febbraio 2004, n. 2 ("Legge Finanziaria regionale per l'esercizio 2004"), ritenuto lesivo degli artt. 3, co.1, 51, co.1, e 97, co.1 e co.3, della Costituzione.

La fattispecie in esame non fa, dunque, un diretto riferimento ai profili, più volte richiamati, di riparto delle funzioni legislative tra Stato e regioni, ma coinvolge alcuni dei principi di base dell'organizzazione amministrativa nel suo complesso, sia pure necessariamente letti alla luce del vigente assetto costituzionale.

⁹ La giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma del Titolo V è stata oggetto del quaderno di documentazione n. 37, curato dal Servizio Studi del Senato della Repubblica, *Il riparto delle competenze legislative fra Stato e Regioni alla prova della Corte*, Roma, 2004. Sia consentito altresì rinviare a F. Di Lascio, *Il nuovo assetto dei poteri alla prova della Corte Costituzionale*, in *Comuni d'Italia*, 2004, 04, pag. 34 e ss. In generale, un utilissimo strumento di consultazione è la banca dati "*Contenzioso istituzionale – Titolo V*" della Regione Emilia-Romagna, reperibile all'indirizzo www.regione.emilia-romagna.it.

¹⁰ Entrambe le decisioni sono reperibili all'indirizzo www.cortecostituzionale.it e www.astridonline.it.

Nello specifico, con la norma regionale censurata è stata autorizzata la stipula di una convenzione tra la Società Lazio Service s.p.a. e la Regione Lazio (nella specie dell'Ufficio di Presidenza), il cui oggetto è stato indicato nell'affidamento alla predetta società dei servizi di supporto alle strutture di diretta collaborazione afferenti al Consiglio regionale.

La Lazio Service s.p.a. è stata costituita ai sensi dell'art. 12 della legge regionale n. 10/01 (recante Disposizioni finanziarie per la redazione del bilancio della Regione Lazio per l'esercizio finanziario 2001), che ha ammesso questa possibilità subordinandola al rispetto di talune condizioni, la prima delle quali riguardava l'utilizzo, nelle procedure di costituzione, dell'Agenzia regionale per gli investimenti e lo sviluppo del Lazio (Sviluppo Lazio S.p.A). La gestione della futura società, invece, sarebbe dovuta gravare sul Fondo di rotazione per lo sviluppo regionale del Lazio di cui all'art. 24 della legge regionale n. 6/99 (già affidato alla predetta Agenzia), mentre la sua organizzazione doveva avvalersi di forza lavoro selezionata secondo le tipologie e con le finalità indicate dall'art. 10, co.1, lett. a, del decreto legislativo n. 468/97.

Questo provvedimento, com'è noto, contiene la revisione della disciplina sui lavori socialmente utili¹¹ prevedendo, tra l'altro, che le amministrazioni pubbliche, al momento della progettazione dei medesimi lavori, promuovano *“la costituzione di apposite società miste che abbiano ad oggetto attività uguali, analoghe o connesse a quelle già oggetto dei progetti in questione, a condizione che la forza lavoro in esse occupata sia inizialmente costituita, nella misura non inferiore al 40 per cento, dai lavoratori già impegnati nei progetti stessi, ovvero in progetti di contenuti analoghi, ancorché promossi da altri enti e nella misura non superiore al 30 per cento da soggetti aventi titolo ad esservi impegnati; tale condizione andrà rispettata per un periodo non inferiore a 60 mesi”*.

In tal modo, il legislatore ha voluto perseguire un duplice obiettivo: da un lato, la creazione di necessarie ed urgenti opportunità occupazionali per i lavoratori impegnati nei lavori socialmente utili, e, dall'altro, la contemporanea soddisfazione di esigenze istituzionali connesse all'esecuzione di servizi aggiuntivi non precedentemente affidati in appalto o in concessione.

¹¹ In attuazione di quanto disposto dall'art. 22 della l. n. 196/97, c.d. legge Treu.

Con l'istituzione della Lazio Service s.p.a., la Regione Lazio ha ritenuto di aver dato seguito ed attuazione alla ricordata finalità, tra l'altro espressamente richiamata anche dall'art. 31, co. 1, della l.r. n. 2/04, che fa menzione dell'obiettivo di promuovere, con la costituzione della predetta società per azioni, la razionalizzazione, l'integrazione ed il miglioramento dell'efficacia nei servizi necessari al funzionamento delle strutture di diretta collaborazione poste a supporto del Consiglio regionale.

Ciò che rileva, ai fini della successiva impugnazione della l.r. n. 2/04 da parte del Governo, è il successivo meccanismo di selezione e reclutamento a tempo indeterminato del personale impiegato nelle strutture di *staff* della Regione.

Infatti, il terzo comma del discusso art. 31 ha stabilito che, a partire dalla data di stipula della convenzione, la società dovesse porre a disposizione del Consiglio un numero di unità di personale pari a quello dei collaboratori esterni alla pubblica amministrazione, sulla base di quanto indicato dal Titolo II del relativo regolamento di organizzazione approvato con la delibera n. 3 del 29 gennaio 2003¹².

A questa previsione, l'art. 31, co. 4, ha aggiunto che, in sede di prima applicazione, la convenzione dovesse stabilire *“tempi e modalità per l'assunzione, da parte della società Lazio Service S.p.A., con contratto a tempo indeterminato, del personale indicato al comma 3, con priorità ai lavoratori occupati con contratto a tempo determinato alla data del 31 dicembre 2003 presso le strutture di diretta collaborazione del Consiglio regionale”*.

L'articolo in esame ha poi precisato che dette assunzioni dovessero avvenire *“con qualifica e trattamento pari a quello posseduto presso la Regione Lazio”* (co. 7) e che agli oneri connessi alle attività oggetto della convenzione si dovesse provvedere con *“gli stanziamenti del capitolo del bilancio del Consiglio regionale concernente le spese del personale”* (co. 6).

Secondo il ricorrente, l'esternalizzazione dei servizi di supporto così configurata, pur non essendo illegittima sotto il profilo della modalità di affidamento alla Lazio Service s.p.a., è comunque censurabile. Il meccanismo derivante dal combinato disposto dei commi 3 e 4 dell'art. 31, infatti, elude in modo inequivocabile il principio costituzionale dell'accesso ai pubblici uffici mediante concorso pubblico e, di

¹² Il regolamento di organizzazione del Consiglio regionale è reperibile sul sito www.regione.lazio.it.

conseguenza, anche quelli di eguaglianza tra i cittadini e di buon andamento dell'attività amministrativa.

La Regione si è difesa affermando che, nel merito, la norma impugnata perseguisse l'obiettivo di stabilizzazione del personale addetto a lavori socialmente utili, conformemente a quanto disposto dalla legge statale. L'assunzione dei predetti dipendenti, inoltre, non sarebbe avvenuta all'interno dell'organico della Regione bensì di quello della Lazio Service s.p.a., soggetto privato a tutti gli effetti e, come tale, legittimato al reclutamento del proprio personale secondo le ordinarie procedure di "libero mercato"¹³.

A fronte del complesso quadro così delineato, la Corte ha evidenziato, in primo luogo, come l'esternalizzazione dei servizi di supporto alle strutture di diretta collaborazione del Consiglio non presenta alcun vantaggio in termini economici per la Regione: i costi derivanti dall'accordata preferenza per questa modalità gestionale, infatti, gravano sui capitoli del bilancio ordinariamente utilizzati per far fronte alle spese del personale in servizio (art. 31, co. 6, l.r. Lazio n. 2/04).

D'altro canto, si potrebbe obiettare, che la finalità della norma in esame è "*la razionalizzazione, l'integrazione ed il miglioramento dell'efficacia*" dei servizi di supporto e non la crescita della relativa economicità nel complesso dell'organizzazione amministrativa regionale.

In altre parole, si ritiene che un'amministrazione pubblica possa autonomamente deliberare di modificare la gestione delle proprie funzioni rispetto all'originario assetto "*in house*" e che questa scelta possa essere rivolta alla crescita della qualità-efficienza piuttosto che alla riduzione dei costi economici e finanziari dati da una certa attività.

Ciò, naturalmente, patto che, pur non verificandosi quel risparmio di spesa cui è diretta la previsione generale contenuta nell'art. 29 della legge n. 448/01, non vi sia un

¹³ Si sottolinea come, per altro verso, la Regione abbia sostenuto che il ricorso proposto dal Governo fosse infondato a causa dell'inidoneità delle presunte lesioni, dedotte con richiamo a principi generali estranei al riparto delle materie di cui all'art. 117 della Costituzione. La Corte Costituzionale ha, tuttavia, disatteso questa doglianza ribadendo un orientamento consolidato in base al quale "*lo Stato può impugnare le leggi regionali in via principale deducendo come parametro qualsiasi norma costituzionale, pur se estranea al riparto delle competenze*" (similmente nelle sentenze n.194/02, n. 274/03 e n. 164/04, tutte in www.cortecostituzionale.it).

aggravio delle spese sostenute prima dell'esternalizzazione delle funzioni e/o dei servizi, come sembrerebbe avvenire, in effetti, nel caso in esame ¹⁴.

Ben più rilevante è l'obiezione che la Corte Costituzionale muove alla sussistenza di un vincolo di fiduciarità particolarmente intenso tra i soggetti estranei destinati ai servizi di supporto e gli organi di indirizzo politico cui gli stessi fanno riferimento, elemento questo comprovato sia dall'analisi della legislazione regionale di settore, sia da quella del regolamento di organizzazione richiamato dall'art. 31 della l.r. 2/04.

In particolare, si evidenzia come l'art. 11 del predetto regolamento colleghi la durata dell'assunzione, oltre che ad un termine comunque definito (5 anni) a quella della legislatura in corso, che non può mai essere "superata" dalla durata degli incarichi conferiti ai soggetti posti a disposizione degli uffici di *staff*.

Secondo la Corte è proprio avverso questa previsione, legittima e coerente con i principi generali posti a base dell'organizzazione amministrativa fondata sul criterio di distinzione tra politica ed amministrazione, che si scontra quella relativa all'assunzione con contratto a tempo indeterminato dei predetti soggetti da parte della Lazio Service s.p.a.

In tal modo, infatti, il richiamato vincolo fiduciario perde completamente rilievo poiché, al termine della vigente legislatura non si produrrà più automaticamente la caducazione dei rapporti di impiego in atto, il che preclude agli organi di vertici del futuro Consiglio regionale di valersi, nel corso del loro mandato, di propri collaboratori di fiducia.

Si precisa, tuttavia, che l'ipotesi da ultimo indicata non è espressamente prevista dalla legge regionale impugnata, quasi a lasciare aperta la possibilità che i futuri organi di indirizzo politico continuino comunque a selezionare il proprio *staff* secondo criteri fiduciari, valendosi di personale distinto, ma aggiuntivo, rispetto a quello della Lazio Service s.p.a.

In tal caso, tuttavia, l'inevitabile quanto irrazionale aggravio del bilancio regionale renderebbe illegittima la modalità organizzativa prescelta, se non altro sotto il profilo dei possibili rilievi contabili prospettati dalla Corte dei Conti in fase di controllo successivo sulla gestione.

¹⁴ Vedi, in merito, G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, 2003, pag. 88 e ss.

Alla luce delle considerazioni esposte, la Corte Costituzionale ha ritenuto i contenuti dell'art. 31 della l.r. Lazio n. 2/04 intrinsecamente irragionevoli e lesivi del principio di buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione, nonché suscettibili di incidere sull'ambito materiale dell'ordinamento civile che, come noto, l'art. 117, co.2, lett. 1, rimette alla potestà esclusiva dello Stato.

3. La disciplina di acquisto di beni e servizi è materia regionale? (sentenze n. 345/2004 e 417/2005).

In tema di acquisti di beni e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni, la Corte Costituzionale è intervenuta più volte.

In particolare, con una prima decisione sono stati esaminati i ricorsi con cui diverse regioni hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale di numerose disposizioni della legge n. 289/02 e, in particolare, dell'art. 24 della predetta norma, nella sua interezza o solamente per alcuni commi ¹⁵.

Si ricorda brevemente che l'articolo citato imponeva alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere alle procedure di gara comunitarie, nel caso in cui le stesse intendessero procedere all'acquisto di beni e servizi per un importo di valore superiore a 50.000 euro (co. 1). Da questa prescrizione di carattere generale erano esclusi solamente i soggetti tassativamente individuati dalla norma, che faceva riferimento ai Comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti, alle cooperative sociali ed alle amministrazioni aderenti alle convenzioni quadro definite dalla Consip s.p.a. o, in alternativa, al c.d. mercato elettronico (co. 2).

Successivamente, l'art. 5 del decreto legge 143/03 (nel momento della sua conversione in legge con modificazioni a opera della legge n. 212/03), ha ridotto l'obbligo di ricorso alle predette convenzioni quadro alle ipotesi di acquisto di beni e/o servizi caratterizzati da elevata qualità e da bassa intensità di lavoro. Il compito di chiarire quali fattispecie potessero essere fatte rientrare nella nozione così indicata è stato rimesso ad un successivo decreto del Ministero dell'economia e delle finanze.

¹⁵ Le regioni che hanno presentato ricorso sono la Toscana, il Piemonte, la Valle d'Aosta, l'Umbria, l'Emilia - Romagna ed il Veneto., cui si aggiunge la Provincia autonoma di Bolzano.

Nella stessa sede si è ammessa, altresì, la stipulazione di contratti al di fuori delle convenzioni, ciò nel caso in cui il valore dei costi e delle prestazioni da acquistare fosse uguale o inferiore a quello indicato dalla Consip s.p.a.

La disciplina sommariamente descritta è, tuttavia, rimasta in vigore solamente per pochi mesi: il decreto legge n. 269/03 (convertito con modificazioni nella legge n. 326/03) ha, infatti, soppresso i primi due commi dell'art. 24 in esame e, poco dopo, l'art. 3, co. 166, della legge n. 350/03 ha abrogato pressoché per intero la disposizione impugnata dalle Regioni nei ricorsi che hanno condotto alla sentenza n. 345/04.

L'ultimo tassello di questo complesso ed intrecciato quadro normativo è dato dall'intervento operato con l'art. 1, co.4, del decreto legge n. 168/04 (convertito nella legge n. 191/04) che ha "riportato in vita" una disposizione parzialmente analoga a quella del pregresso art. 24, ai sensi della quale si è ammessa una duplice possibilità per le pubbliche amministrazioni.

Stando al vigente quadro normativo, infatti, nel procedere all'acquisto di beni e servizi, i soggetti pubblici possono fare ricorso alle convenzioni quadro oppure, in alternativa, utilizzarne i parametri di qualità e di prezzo quali limiti massimi per procedere in modo indipendente. La violazione degli obblighi così configurati è stata, poi, indicata quale causa di responsabilità amministrativa¹⁶.

Alla luce delle evoluzioni normative intercorse, numerose regioni hanno deciso di ritirare i propri ricorsi, considerando soddisfatte le loro pretese.

La Regione Veneto, invece, ha ritenuto che l'abrogazione intervenuta non abbia avuto riflessi sul proprio interesse alla risoluzione delle controversie.

È nei confronti di questa regione, dunque, che la Corte si è espressa rispondendo alla pretesa secondo cui la disciplina dell'acquisto di beni e servizi, non essendo riconducibile alle materie indicate dai commi 2 e 3 dell'art. 117 della Costituzione (che, si ricorda, delineano gli ambiti rimessi alla potestà esclusiva dello Stato ed alla potestà concorrente Stato – Regioni), rientrerebbe per "sottrazione" nella esclusiva competenza regionale.

¹⁶ Per un'accurata ricostruzione dei processi di cambiamento intervenuti nella modalità organizzativa della funzione acquisti, si veda S. Zuccolotto, *Evoluzione storica del processo d'acquisto della Pubblica Amministrazione*, in *Astrid Rassegna*, Rivista elettronica quindicinale sui problemi delle istituzioni e delle amministrazioni pubbliche, 2005, 10, reperibile all'indirizzo www.astridonline.it.

Come era prevedibile, l'orientamento della Suprema Consulta è stato di segno negativo.

Con la sentenza n. 345/04, si è ritenuto, infatti, che la materia in discussione debba essere ricondotta alla tutela della concorrenza di cui all'art. 117, co. 2, lett. e, della Costituzione, ciò soprattutto alla luce della valenza assunta dalle procedure ad evidenza pubblica (a mezzo delle quali la predetta funzione si esplica) per gli operatori economici interessati agli appalti pubblici nei predetti settori.

In particolare, secondo la Corte, la “forza” di questa “materia-non materia”, che in più occasioni è stata definita come competenza trasversale in grado di interessare più ambiti diversi, vale di per sé a legittimare un eventuale intervento statale su settori apparentemente di sola spettanza regionale, come è il caso in esame ¹⁷.

Tuttavia, si richiama una precedente decisione in cui si è precisato che “*la norma statale che imponesse una disciplina tanto dettagliata da risultare non proporzionata rispetto all’obiettivo della tutela della concorrenza costituirebbe una illegittima compressione dell’autonomia regionale*” (sentenza n. 272/04) ¹⁸.

Pertanto, le norme contenute nella legge n. 289/02 che impongono l’obbligo di effettuare procedure ad evidenza pubblica, fissandone l’ambito oggettivo e soggettivo, oppure quelle che collegano alla violazione di tale obbligo sia sanzioni civili come la nullità del contratto, sia misure di responsabilità amministrativa, sono pienamente legittime.

¹⁷ In generale sul tema, vedi G. Corso, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, 3; L. Buffoni, *La “tutela della concorrenza” dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2003, 3; R. Caranta, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2004, 4; P.A. Cinti – G. Savini, *L’attività normativa statale e la “tutela della concorrenza”*, in *Amministrazione in cammino*, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell’economia e di scienza dell’amministrazione a cura del Centro “V.Bachelet”, reperibile all’indirizzo www.amministrazionincammino.luiss.it, 2004.

¹⁸ Per un commento agli orientamenti espressi dalla Corte Costituzionale in tema di tutela della concorrenza vedi A. Concaro – I. Pellizzone, *Tutela della concorrenza e definizione delle materie trasversali: alcune note a margine della sent. n. 345 del 2004 della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 2005, 3; M. Barbero, *Materie trasversali e federalismo fiscale: il caso della tutela della concorrenza - Brevi considerazioni critiche a margine di Corte Cost. 14/2004*, in *Amministrazione in cammino*, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell’economia e di scienza dell’amministrazione a cura del Centro “V.Bachelet”, reperibile all’indirizzo www.amministrazionincammino.luiss.it, 2004. Da ultimo, M. D’Angelosante, *La tutela della concorrenza nelle sentenze della Consulta successive alla riforma del Titolo V Cost.: dalla funzione legislativa a quella amministrativa*, reperibile all’indirizzo www.grupposanmartino.it.

Si tratta, infatti, di una piena espressione del potere statale di regolazione del mercato e di promozione, al suo interno, di un corretto e pieno sviluppo della concorrenza tra gli operatori.

Anche con la sentenza n. 417/05 la Corte Costituzionale si è trovata a decidere in merito a più ricorsi, accomunati dalla prospettata censura di incostituzionalità di talune disposizioni contenute nel decreto legge n. 168/04, come convertito dalla legge n. 191/04¹⁹.

Tra tutte le questioni discusse, alcune hanno riguardato in modo diretto l'apposizione di vincoli alle procedure di acquisto di beni e servizi operate dal legislatore statale. L'art. 1, co. 4, del predetto decreto legge ha, infatti, modificato l'art. 26, co. 3, della legge n. 488/99, introducendo due nuovi commi (3 e 3 bis).

Si ricorda che questa norma ha attribuito all'allora Ministero del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione economica, il compito di selezionare, tramite le ordinarie procedure di scelta del contraente, imprese fornitrici di beni e servizi per le amministrazioni e di stipulare con queste apposite convenzioni. Sulla base di detti accordi, le imprese selezionate si sarebbero dovute impegnare ad accettare ordinativi di fornitura dalle amministrazioni sino alla concorrenza di un quantitativo complessivo predeterminato, a condizioni e prezzi preventivamente fissati.

Il Ministero è stato altresì autorizzato ad avvalersi di società di consulenza specializzate, selezionate anche in deroga alla normativa di contabilità pubblica, con fini di supporto nell'esecuzione dei nuovi compiti assegnati. È in tal senso che, per lo svolgimento delle attività di stipulazione delle convenzioni e di altre attività a questa connesse, il Ministero ha deliberato di avvalersi della Concessionaria servizi informatici pubblici s.p.a (Consip s.p.a)²⁰.

¹⁹ Le regioni che hanno presentato ricorso sono state la Campania, la Toscana, la Valle d'Aosta e le Marche. Data la numerosità delle questioni poste dalle amministrazioni ricorrenti, la Corte ha ritenuto opportuno dividerle in quattro gruppi, per poi procedere ad un esame distinto. Più specificamente, le doglianze mosse dalle regioni sono state discusse in riferimento ai disposti normativi richiamati, secondo la seguente suddivisione:

- art. 1, comma 4, d.l. n. 168/04;
- art. 1, comma 5, d.l. n. 168/04 e successivi commi 9, 10 e 11, del d.l. n. 168/04, laddove prevedono obblighi di informazione e controllo con riferimento all'osservanza di vincoli di spesa imposti ai comuni;
- art. 1, commi 9, 10 e 11, del d.l. n. 168/04, in riferimento al lamentato contrasto con alcune norme costituzionali nonché con il principio di leale collaborazione;
- art. 3, comma 1, del d.l. n. 168/04.

²⁰ Vedi d.m. del Ministero del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione economica del 24.2.2000.

La società era stata in precedenza istituita dal decreto legislativo n. 414/97, che, nel disciplinare lo svolgimento delle attività informatiche dell'amministrazione statale in materia finanziaria e contabile, aveva previsto la costituzione di un organismo a struttura societaria con partecipazione azionaria posseduta interamente dal richiamato Ministero e con l'esclusiva *mission* di prestare servizi alle pubbliche amministrazioni, operando secondo gli indirizzi strategici stabiliti dall'amministrazione azionista. Con il d.m. 22 dicembre 1997, detto soggetto è stato individuato nella Consip s.p.a., cui sono state affidate molteplici attività, articolate secondo quanto disposto da successivi atti di conferimento adottati dal Ministero vigilante²¹.

In particolare, alla suddetta società sono state rimesse le funzioni relative alla progettazione, sviluppo e gestione del sistema delle convenzioni, finalizzato alla stipula delle stesse ai sensi e per gli effetti dell'art. 26 della legge n. 488/99 (oltre che per quanto disposto dal d. m. 24 febbraio 2000).

In questo contesto, il denunciato art. 1, co. 4, del decreto legge n. 168/04 rappresenta l'ennesima modifica che il legislatore statale ha ritenuto di dover apportare all'originaria formulazione dell'articolo da ultimo richiamato²².

In particolare, con l'introduzione del nuovo comma 3 viene prevista la facoltà delle amministrazioni pubbliche che intendono acquistare beni e servizi di scegliere tra il ricorso alle convenzioni centralizzate stipulate dalla Consip s.p.a. oppure una

²¹ Si fa riferimento, in particolare, al già citato d.m. 24.2.2000 e al d.m. 2.5.2001, con cui, nel rispetto del generale principio di unitarietà delle funzioni, il Ministero ha assegnato alla Consip s.p.a. anche le attività previste dalla l. n. 388/00. Il rapporto tra il Ministero e la suddetta società è, invece, stato regolato da un apposito accordo di servizio siglato il 9 agosto 1999.

²² In particolare, i successivi interventi del legislatore hanno condotto ad un progressivo ampliamento dell'ambito di vincolatività delle convenzioni stipulate da Consip s.p.a.. Questa società, in effetti, pur essendo stata costituita con l'obiettivo di occuparsi dei compiti correlati ai servizi informatici del Ministero del Tesoro (cfr. art. 3 d.m. 22.12.1997), nel corso del tempo ha assunto competenze di ben più ampia portata, oltrepassando il limite dato dallo svolgimento di funzioni serventi allo Stato ed ai propri organi, per operare una costante e progressiva erosione della sfera di competenza di amministrazioni non statali. Queste, infatti, sono transitate da una posizione di adesione facoltativa alle convenzioni centralizzate (art. 26, co.3, l. n. 488/99), ad una di motivazione dei provvedimenti con cui procedono all'acquisto di beni e servizi a prezzi e a condizioni meno vantaggiosi di quelli stabiliti nelle suddette convenzioni (art. 59, co.5, l. n. 388/00) fino all'obbligo di avvalersi di dette convenzioni (art. 24, co.3, l. n. 289/02), per poi tornare ad una situazione di maggiore discrezionalità, sia pure sotto forti vincoli (art. 1, co.4, d.l. n. 168/04). Con specifico riguardo all'art. 24 della l. n. 289/02, vedi l'opinione di L. Fiorentino, *Gli acquisti nelle pubbliche amministrazioni dopo l'art. 24 della legge finanziaria*, in GDA, 2003, 4, pag. 331, secondo cui la disposizione citata delinea, infatti, "un nuovo modello <<rafforzato>> di centralizzazione degli acquisti", in parte poiché amplia l'ambito di applicazione soggettivo del modello preesistente con il richiamo ad un obbligo generalizzato per la maggior parte delle amministrazioni e per gli enti pubblici istituzionali e, in parte, perché introduce una specifica sanzione in caso di violazione del suddetto obbligo.

procedura autonoma che, però, utilizzi i parametri da queste indicate come limiti massimi di spesa. Alle amministrazioni che optano per questa seconda ipotesi, tuttavia, il nuovo comma 3 bis impone un generalizzato obbligo di trasmissione dei provvedimenti adottati agli uffici ed alle strutture interne deputate allo svolgimento del controllo di gestione.

Secondo le amministrazioni ricorrenti, le disposizioni richiamate, stante il loro carattere di dettaglio, non sarebbero riconducibili né a principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica, né tantomeno a principi fondamentali di carattere ancora più ampio quali quelli connessi all'ordinamento giuridico nel suo complesso. Si tratterebbe, invece, di norme lesive delle competenze regionali.

La Corte Costituzionale ha ritenuto la questione non fondata e, anzi, ha giudicato la questione sotto un profilo esattamente opposto a quello prospettato, ritenendo che le disposizioni in esame siano da ricondurre al novero dei principi di coordinamento della finanza pubblica, non denotando carattere cogente per le amministrazioni regionali bensì facoltativo ²³.

A supporto della decisione, viene richiamato l'orientamento espresso con la precedente sentenza n. 36/04, secondo cui non sarebbe contestabile *“la legittimità costituzionale della norma che consente agli enti autonomi di aderire alle convenzioni statali, trattandosi di previsione meramente facoltizzante”*. Nella stessa ottica, la Corte ha precisato che *“anche l'obbligo imposto di adottare i prezzi delle convenzioni come base d'asta al ribasso per gli acquisti effettuati autonomamente, pur realizzando un'ingerenza non poco penetrante nell'autonomia degli enti quanto alla gestione della spesa, non supera i limiti di un principio di coordinamento adottato entro l'ambito della discrezionalità del legislatore statale: mentre la previsione della trasmissione degli atti relativi agli organi di revisione contabile degli enti, al fine dell'esercizio dei controlli loro spettanti, ha carattere strumentale rispetto all'obbligo suddetto”*.

Di diverso segno è l'opinione espressa in riferimento ai commi 9, 10 e 11 del discusso art. 1 del decreto legge n. 168/04 che hanno introdotto vincoli molto stringenti per le spese riguardanti, tra l'altro, l'acquisto di beni e servizi da parte delle regioni e

²³ Sull'orientamento espresso dalla Corte Costituzionale in tema di competenze statali relative al coordinamento della finanza pubblica, con riguardo, però, alla determinazione degli oneri connessi alla contrattazione collettiva integrativa, vedi, tra gli altri, A. Benedetti, *Competenza statale “di principi” e coordinamento della finanza pubblica*, in GDA, 2004, 7, pag. 733 e ss.

degli enti locali. L'ultimo dei commi citati, in particolare, ha posto per l'anno 2004 una forte riduzione alle predette spese, con la sola eccezione di quelle connesse all'erogazione di servizi connessi a diritti soggettivi dell'utente.

A ciò devono aggiungersi apposite disposizioni relative alla responsabilità disciplinare ed erariale dei funzionari agenti in violazione di detto limite nonché a specifici obblighi di comunicazione e di controllo agli organi a ciò ordinariamente deputati.

Questa disciplina, secondo le regioni ricorrenti, non può essere qualificata alla stregua di norme riconducibili a principi fondamentali di coordinamento e, al contrario, è suscettibile di porre una lesione dell'autonomia finanziaria, costituzionalmente tutelata dall'art. 119.

La Corte Costituzionale ha accolto le censure così prospettate, richiamando anche sotto questo profilo alcuni principi consolidati espressi e ribaditi in precedenti decisioni, in base alle quali devono essere giudicati incostituzionali vincoli che gravano su singole voci di spesa dei bilanci di regioni ed enti locali (vedi la già richiamata sentenza n. 36/04 ma anche le sentenze nn. 376/03 e 390/04).

Più specificamente, perché un limite alle politiche di bilancio possa essere considerato quale principio generale di coordinamento della finanza pubblica, esso deve avere ad oggetto *“o l'entità del disavanzo di parte corrente oppure – ma solo <<in via transitoria ed in vista degli specifici obiettivi di riequilibrio della finanza pubblica perseguiti dal legislatore statale>> - la crescita della spesa corrente degli enti autonomi”*.

La Corte ribadisce, quindi, che la legge statale può porre solamente limiti complessivi, tali da rendere gli enti territoriali liberi di disporre discrezionalmente l'allocazione delle risorse in loro possesso tra i singoli ambiti di spesa.

Poste queste argomentazioni, la Corte ha, dunque, dichiarato incostituzionale l'art. 1, co. 9, 10 e 11, del decreto legge n. 168/04 (come convertito dalla legge n. 191/04) nella parte in cui fa riferimento alle regioni ed agli enti locali.

4. Breve riflessioni conclusive.

Gli orientamenti espressi dalla Corte Costituzionale nelle sentenze esaminate permettono di trarre alcune indicazioni in merito alla misura dello spazio all'interno del quale può essere esercitata la potestà regionale nella gestione delle esternalizzazioni e, in particolare, dei processi di acquisto di beni e servizi.

Più specificamente, mentre la sentenza n. 277/05 non pone ulteriori vincoli alla facoltà delle singole regioni di trasferire all'esterno del proprio “*core business*” servizi e/o funzioni, ma si limita a richiamare la necessità del doveroso rispetto dei principi costituzionali, la sentenza n. 345/04 ha certamente un carattere più restrittivo.

La prima delle due decisioni, infatti, riporta, sia pure indirettamente, al rispetto delle poche disposizioni generali contenute nella legislazione statale in tema di *outsourcing*, delle quali si è già sottolineato il carattere promozionale e non cogente. A queste vanno, tuttavia, aggiunte le norme che regolano singole fattispecie di esternalizzazione, che recano vincoli più o meno stringenti a seconda delle diverse ipotesi.

Ciò vuol dire che non sembrano porsi ostacoli a leggi regionali di carattere generale che prevedano regole e principi ulteriori riguardanti le modalità di utilizzo dell'*outsourcing* di funzioni e servizi all'interno del territorio di riferimento.

Diversamente, la riconduzione della disciplina relativa alla gestione dei processi di acquisto all'interno della tutela della concorrenza, rischia di porre in discussione sia i contenuti delle leggi regionali già emanate in questo settore, sia quelli delle norme di futura adozione²⁴.

Con ciò, naturalmente, non si vuole intendere che le regioni non abbiano la possibilità di individuare proprie peculiari modalità di organizzazione dei processi richiamati. Questa facoltà, tuttavia, non deve comportare deroghe al necessario svolgimento delle procedure di gara atte a realizzare quella concorrenza tra gli operatori che la Corte ha posto con forza quale limite all'autonomia regionale.

A quanto detto deve aggiungersi il perdurante peso del vincolo derivante dai principi statali contenuti nella norme generali di coordinamento della finanza pubblica, che, come prevedibile, è stato nuovamente riaffermato con la discussa sentenza n. 417/05. D'altro canto, con questa stessa decisione, la Corte ha ridefinito anche i confini dell'intervento statale, ancora una volta invasivo delle competenze legislative

²⁴ In merito, si segnala la ricognizione effettuata da M. Grana, *Il sistema degli acquisti a livello regionale*, reperibile all'indirizzo www.astridonline.it.

costituzionalmente garantite a regioni ed enti locali per l'effettiva realizzazione della propria autonomia di spesa e di gestione.

Aldilà dello specifico caso in discussione e dei profili di specificità della decisione richiamata, con la discussa sentenza si è nuovamente posto il problema della questione derivante dalla sostanziale inattuazione dei profili finanziari collegati alla riforma del titolo V operata nel 2001, a fronte della quale continua a porsi il problema di raggiungere un reale equilibrio nei rapporti, da un lato, tra Stato e regioni e, dall'altro, tra queste ultime e gli enti locali.

FRANCESCA DI LASCIO

(francesca.dilascio@tin.it / dilascio@uniroma3.it)