



REGIONE AUTONOMA DELLASARDEGNA

DELIBERAZIONE N. 10/57 DEL 12.3.2010

Oggetto: **Legge Regionale 7 agosto 2007, n. 5 recante “Procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, in attuazione della direttiva comunitaria n. 2004/18/CE del 31 marzo 2004 e disposizioni per la disciplina delle fasi del ciclo dell'appalto”. Sentenza Corte Costituzionale n. 411 del 3 dicembre 2008. Atto di indirizzo interpretativo e applicativo, ai sensi dell’art. 8 , comma 1, lett. a), legge regionale 13.11.1998, n. 31**

L'Assessore dei Lavori Pubblici riferisce che con la Sentenza n. 411, depositata in Cancelleria il 17 dicembre 2008, la Corte Costituzionale, in accoglimento del ricorso in via principale, proposto dal Governo avverso la Legge regionale 7 agosto 2007, n. 5. (recante “Procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, in attuazione della direttiva comunitaria n. 2004/18/CE del 31 marzo 2004 e disposizioni per la disciplina delle fasi del ciclo dell'appalto”), riconoscendo fondate nel merito le censure prospettate, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, totale o parziale, di una serie di disposizioni della medesima legge, affermando, sostanzialmente, che la competenza legislativa primaria in materia di lavori pubblici di esclusivo interesse regionale, riconosciuta alla Regione Autonoma della Sardegna dall'articolo 3, lettera e) dello Statuto speciale, non si estende alle materie relative alle procedure di gara e all'attività di progettazione e di esecuzione del rapporto contrattuale.

Nelle more di un adeguamento complessivo della legislazione regionale sugli appalti, con precedente Deliberazione della Giunta Regionale n. 3/8 del 16.1.2009 è stato dato mandato all'Assessore dei Lavori Pubblici per l'elaborazione di un “Atto di indirizzo interpretativo e applicativo” della legge regionale 7 agosto 2007, n. 5, ai sensi dell'art. 8, comma 1, lett. a) della legge regionale 13.11.1998, n. 31, al fine di coordinarla con il nuovo assetto normativo discendente dall'intervento della Suprema Corte, così come dalle disposizioni di adeguamento comunitario introdotte, nel Codice dei contratti, dal D.lgs 152/2008.

L' Atto di indirizzo interpretativo e applicativo, allegato alla presente deliberazione, pone in relazione alcune materie disciplinate dalla L.R. 5/2007 (fra le altre: pubblicità, offerte anomale, cauzioni, project financing, affidamento dei servizi tecnici) con le conclusioni contenute nella



richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 411/2008, allo scopo di fornire le linee operative cui uniformare l'azione amministrativa, in particolare, nei casi di antinomia tra norme, discendente dalla parziale abrogazione delle disposizioni di legge regionale.

Nell'enucleare gli indirizzi operativi di natura interpretativa, si è tenuto conto, inoltre, delle disposizioni di adeguamento comunitario di cui al citato D.lgs. 152/2008 che impongono, in alcuni comparti, la disapplicazione di norme regionali, allo stato non allineate con il diritto comunitario.

La Giunta, condividendo quanto rappresentato e proposto dall'Assessore dei lavori pubblici, acquisito il parere di legittimità del Direttore Generale dell'Assessorato,

DELIBERA

di approvare l'atto di indirizzo interpretativo e applicativo della legge regionale 7 agosto 2007, n. 5, adottato ai sensi dell'art. 8, comma 1, lett. a) della legge regionale 13.11.1998, n. 31, al fine di coordinare l'articolato normativo della legge regionale 5/2007, con il nuovo assetto normativo discendente dall'intervento della Sentenza della Corte Costituzionale n. 411, depositata in Cancelleria il 17 dicembre 2008, anche alla luce delle disposizioni di adeguamento comunitario di cui al D.lgs 152/2008, nelle more di un adeguamento complessivo della legislazione regionale sugli appalti al Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e ss.mm.ii. e alla Sentenza della Suprema Corte.

Il Direttore Generale

Gabriella Massidda

Il Presidente

Ugo Cappellacci



Atto di indirizzo interpretativo e applicativo (L.R. n. 31/1998, art. 8, co. 1, lett. a) per l'applicazione della L.R. 7.8.2007, n. 5 recante "Procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, in attuazione della direttiva comunitaria n. 2004/18/CE del 31 marzo 2004 e disposizioni per la disciplina delle fasi del ciclo dell'appalto", dopo la sentenza della Corte Costituzionale 17 dicembre 2008, n. 411

Premesse

La legge regionale 7 agosto 2007, n. 5, recante "*Procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, in attuazione della direttiva comunitaria n. 2004/18/CE del 31 marzo 2004 e disposizioni per la disciplina delle fasi del ciclo dell'appalto*", disciplina, in modo unitario, le procedure di appalto per lavori, servizi e forniture di importo sia superiore, sia inferiore alla soglia comunitaria, regolamentando tutte le fasi del "ciclo dell'appalto", dalla progettazione al collaudo.

Con **sentenza 17 dicembre 2008 n. 411** - pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale - 1^a Serie Speciale – Corte Costituzionale n. 53 del 24 dicembre 2008 - la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle seguenti norme della citata legge regionale, per violazione dell'art. 3, lettera e), dello Statuto, in quanto stabiliscono una disciplina difforme da quella nazionale - alla quale il legislatore regionale avrebbe dovuto adeguarsi, alla stregua dell'art. 4, comma 5, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) - in materie come la tutela della concorrenza e l'ordinamento civile, estranee alla competenza legislativa regionale e riservate, viceversa, allo Stato:

art. 5, commi 1 e 6 (soglie di importo per la programmazione), art. 9 (livelli progettuali), art. 11, commi 12, 13, 14, 15 e 16 (affidamento servizi tecnici), art. 13, commi 3, 4 e 10 (validazione progetti), art. 16, comma 12 (appalti con corrispettivo in natura o misto), art. 20, comma 5 (giustificativi offerte anomale), art. 21, comma 1 (licitazione privata semplificata), art. 22, commi 2, 14, 17 e 18 (pubblicità), art. 24 (qualificazione operatori), art. 26, comma 2 (obbligo di sopralluogo quale causa di esclusione), art. 30, comma 3 (qualificazione consorzi stabili), art. 34, comma 1 (limite di prezzo nella concessione di costruzione e gestione), artt. 35, comma 2, e 36 (prelazione e *project financing*), artt. 38, comma 1, e 39, commi 1 e 3 (procedure negoziate), artt. 40 e 41 (procedure in economia), art. 46, commi 4 e 7 (concorsi di progettazione), art. 51, commi 1 e 3



(disciplina economica appalti), art. 54, commi 1, 2, 8, 9, 10 e 11 (garanzie e assicurazioni), artt. 57, 58, 59 e 60 (esecuzione del contratto e collaudi), Allegato I (punti 45.23, 45.24, 45.25).

La suprema Corte ha sostanzialmente affermato che la disciplina riguardante le procedure di gara (in particolare, la regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione, ivi compresi quelli che devono presiedere all'attività di progettazione) e l'esecuzione del rapporto contrattuale, non rientrano nella competenza esclusiva regionale in materia di lavori pubblici di interesse regionale - ex art. 3, lett. e) dello Statuto speciale - e, pertanto, in tali materie, devono essere osservate le norme dettate dal D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Secondo il Giudice delle leggi l'art. 4, comma 5, del D.lgs. n. 163/2006, nella parte in cui stabilisce che *«le Regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione»*, impone anche alle Regioni ad autonomia speciale (in assenza di norme statutarie attributive di competenze nelle materie cui afferiscono le norme del Codice dei contratti) di conformare la propria legislazione in materia di appalti pubblici a quanto stabilito dal Codice stesso.

Nella specie, lo Statuto della Regione Sardegna, all'art. 3, lett. e), attribuisce alla medesima una competenza legislativa primaria in materia di lavori pubblici di interesse regionale, alla quale, quindi, non appartiene la materia relativa alle procedure di gara ed all'esecuzione del rapporto contrattuale: tali settori sono oggetto delle disposizioni del citato Codice e ad esse, pertanto, il legislatore regionale avrebbe dovuto uniformarsi. La pronuncia della Corte si allinea all'orientamento sostenuto nelle ultime pronunce (401/2007; 320 e 322/2008) che sono chirurgicamente intervenute sulle leggi regionali, travolgendone l'impianto di fondo. In particolare con Sentenza n. 401 del 23 novembre 2007, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale - 1^a Serie Speciale – Corte Costituzionale n. 46 del 28-11-2007, la Suprema Corte, nel pronunciarsi sul ricorso promosso dalle Regioni Veneto, Toscana, Piemonte, Lazio, Abruzzo e Provincia di Trento avverso le norme del Codice degli appalti ritenute gravemente lesive delle prerogative legislative riconosciute dalla Costituzione, ha rigettato pressoché tutte le questioni sollevate, fornendo una interpretazione connotata da una rigida chiusura nei confronti dei rilievi sollevati dalle Regioni. Modificando, almeno in parte, il precedente indirizzo (Sentenze 302, 303), con tale pronuncia la Corte Costituzionale chiarisce l'assetto costituzionale delle attribuzioni normative in materia di appalti pubblici.



Nel solco tracciato dalla Sentenza 401/2007, con la Sentenza 411/2008 la Corte ha, in tal senso, confermato l'inquadramento sistematico dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, distinguendo tra fase pubblicistica della procedura di affidamento - che afferisce all'ambito "tutela della concorrenza" - e fase privatistica della stipulazione ed esecuzione del contratto - che afferisce all'ambito "ordinamento civile".

La sostanziale questione di "competenza", piuttosto che di contenuto della Legge regionale 5/2007, sollevata dalla Corte, rende ulteriormente problematico distinguere le disposizioni contrastanti con i principi affermati dal Giudice delle leggi, da quelle conformi al Codice dei contratti, o comunque applicabili, perché ricadenti in ambiti materiali riservati alla competenza legislativa delle Regioni.

Appare, pertanto, opportuno enucleare precisi indirizzi operativi di natura interpretativa, finalizzati a supportare le stazioni appaltanti nell'applicazione della normativa regionale in materia di contratti pubblici, con particolare riguardo alle fattispecie da essa disciplinate in modo difforme rispetto al Codice dei contratti e riferibili agli oggetti elencati all'art. 4, comma 3, del D.Lgs. 163/2006, qualificati di potestà legislativa esclusiva dello Stato in quanto ascrivibili, a seconda dei casi, alle materie di potestà legislativa esclusiva statale "tutela della concorrenza", "ordinamento civile", "giurisdizione, norme processuali, giustizia amministrativa".

In questa prospettiva - nelle more della predisposizione di un disegno di legge organico di modifica e complessivo riallineamento della legislazione regionale sugli appalti alla pronuncia della Suprema Corte e alla legislazione statale di adeguamento comunitario - con Deliberazione della Giunta Regionale n. 3/8 del 16.1.2009 è stato dato mandato all'Assessore dei Lavori Pubblici per l'elaborazione di un "*Atto di indirizzo interpretativo e applicativo*" della legge regionale 7 agosto 2007, n. 5, ai sensi dell'art. 8, comma 1, lett. a) della legge regionale 13.11.1998, n. 31, al fine di coordinarla con il nuovo assetto normativo discendente dall'intervento della Suprema Corte, così come dalle disposizioni di adeguamento comunitario introdotte, nel Codice dei contratti, dal D.lgs 11.9.2008, n. 152.

Ciò premesso, di seguito si illustrano gli indirizzi operativi che pongono in relazione alcuni istituti disciplinati dalla L.R. 5/2007 con le conclusioni contenute nella richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 411/2008. Nell'enucleare gli indirizzi operativi di natura interpretativa, si terrà conto, inoltre, delle disposizioni di adeguamento comunitario di cui al richiamato D.lgs. 152/2008 che impongono, in alcuni comparti, la disapplicazione di norme regionali, allo stato non allineate con il diritto comunitario.



(Art. 3) - Opere di urbanizzazione a scomputo

La Corte non è stata chiamata a pronunciarsi sul contenuto dei commi 8 e 9, i quali prevedono che per le opere di urbanizzazione primaria sopra soglia e secondaria sopra e sotto soglia, la gara sia bandita ed effettuata dal privato promotore, sulla base della progettazione preliminare presentata dal privato medesimo e fatta salva l'opzione per l'ordinaria procedura di gara. Il titolare del permesso di costruire può, dunque, assumere la veste di promotore. Le opere di urbanizzazione primaria sotto soglia comunitaria, correlate al singolo intervento edilizio assentito, ai sensi dell'articolo 16, comma 2, del d.p.r. n. 380/2001, e s.m.i., richiamati dalla disposizione regionale, possono essere realizzate direttamente dal privato.

L'art. 32, comma 1, g) del Codice, a seguito dell'intervento di adeguamento comunitario recato dal D.lgs. 152/2008, prevede che per le opere di urbanizzazione primaria e secondaria sopra soglia, l'Amministrazione che rilascia il permesso indice una gara ordinaria con le modalità previste dall'art. 55 del Codice medesimo. L'avente diritto a richiedere il permesso di costruire può presentare all'Amministrazione, ove dalla stessa previsto, un progetto preliminare delle opere da eseguire. E' cancellato il diritto di prelazione del promotore, mentre per le opere di urbanizzazione a scomputo, sia primaria sia secondaria, sotto soglia, si applica la procedura negoziata semplificata di cui all'art. 57, comma 6, con invito rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistano in tale numero aspiranti idonei. In sostanza, si prefigura una gara a cui può partecipare il titolare del permesso di costruire al pari di altri eventuali offerenti e all'esito della quale colui che risulterà primo in graduatoria sarà nominato promotore e diverrà aggiudicatario dei lavori.

Alla luce dell'intervento di adeguamento comunitario del D.lgs. 152/2008, non paiono residuare margini di intervento per il legislatore regionale. In tal senso, ragioni di coerenza sistematica inducono ad accordare prevalenza, in via cautelativa, alla disciplina statale, come riallineata al diritto comunitario, regolante le fattispecie in argomento.

(Art. 5) - Programmazione degli appalti di lavori di competenza degli Enti

Alla materia della "tutela della concorrenza", di competenza esclusiva statale, deve ricondursi, per la Suprema Corte, l'art. 5, commi 1 e 6, della medesima legge regionale n. 5 del 2007, dichiarati costituzionalmente illegittimi. Tali disposizioni, infatti, intervenendo in tema di programmazione dei lavori pubblici regionali, rendono la stessa non obbligatoria per tutti i lavori pubblici di importo inferiore a 200.000,00 €, così come esonerano un altrettanto elevato numero di lavori pubblici di importo inferiore a 2.000.000,00 € dall'obbligo di preventiva progettazione preliminare, al fine del relativo inserimento nel programma triennale, statuendo per essi la sufficienza del solo studio di



fattibilità. Con la variazione delle soglie il legislatore regionale invade, secondo la Suprema Corte, la sfera di competenza dello Stato in quanto, in ragione della stretta connessione esistente fra programmazione, progettazione, finanziamento e realizzazione dei lavori pubblici, incide sull'individuazione dei criteri in base ai quali la relativa attività deve essere svolta, con una evidente lesione della libera circolazione degli operatori economici nel segmento di mercato in questione.

La Corte, a ben vedere, supera i confini tracciati in materia dalla precedente Sentenza 401/2007. L'art. 4, comma 2, del Codice dei contratti include tra gli oggetti di potestà legislativa regionale anche la "programmazione dei lavori pubblici" che, non essendo una materia a sé, segue il regime giuridico proprio delle singole opere. I legislatori regionali, pertanto, possono dettare norme in materia di programmazione dei lavori pubblici sia "di competenza regionale", sia "di interesse regionale", in quest'ultimo caso nel rispetto dei principi desumibili dalla disciplina statale sulla programmazione delle opere pubbliche.

Pur con la precisazione sopra esposta, in ottemperanza a quanto stabilito dalla Suprema Corte, il corretto riferimento in materia di soglie di importo per la programmazione dei lavori pubblici, è da rinvenirsi nelle corrispondenti norme del Codice dei contratti.

(Art. 9)- Progetti e tipologie progettuali per l'appalto di lavori

La Corte conferma che la previsione di criteri uniformi nella progettazione - relativa, non solo ai lavori pubblici, ma anche ai servizi e alle forniture - in quanto essenziale per assicurare, tra l'altro, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione su tutto il territorio nazionale, deve essere ricondotta, in via prevalente, nell'ambito della tutela della concorrenza. Il corretto riferimento in materia di progettazione è, pertanto, da intendersi il Codice dei contratti.

(Art. 11) – Attività di progettazione, direzione lavori ed accessorie

La Corte in precedenti pronunce ha definito l'ambito "tutela della concorrenza" mediante un richiamo alla nozione comunitaria della stessa, desumibile dai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi, per cui si tratta di assicurare l'adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente. Con specifico riferimento ai contratti sotto soglia, superando un precedente orientamento, la Consulta ha, quindi, affermato la conformità alla Costituzione e ai principi di adeguatezza e proporzionalità anche di una legislazione statale di dettaglio, senza che residui alcun margine di intervento a vantaggio del legislatore regionale.



Essendo le procedure di selezione dei concorrenti riconducibili alla materia costituzionale "tutela della concorrenza", di potestà esclusiva dello Stato, anche gli affidamenti sotto soglia risultano integralmente assoggettati alla normativa statale e, conseguentemente, non possono ritenersi applicabili le disposizioni regionali relative agli affidamenti di servizi tecnici connessi alla realizzazione di lavori pubblici di interesse regionale. Agli affidamenti senza gara formale si procede esclusivamente nei limiti e con le modalità previsti dalla legislazione statale.

Ciò nondimeno si precisa quanto segue. I commi 12, 13, 14, 15 e 16, dichiarati costituzionalmente illegittimi dalla Suprema Corte, regolamentano la materia dell'affidamento dei servizi tecnici sotto la soglia dei 100mila euro, in stretta aderenza ai principi di derivazione comunitaria e individuano una soglia di importo (20mila euro) al di sotto della quale è possibile l'affidamento diretto, così recependo l'orientamento espresso in merito dall'Autorità di vigilanza (*Determinazioni nn. 1/2006 e 4/2007; Parere n. 232/2008*) nonché i principi fissati nella Comunicazione Interpretativa della Commissione Europea - 2006/C 179/02 recante "*Diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non, o solo parzialmente, disciplinate dalle direttive "appalti pubblici"*". L'articolato normativo dichiarato costituzionalmente illegittimo è, pertanto, in linea sia con le pronunce della Corte di Giustizia¹ e della Commissione europea², sia con le recenti posizioni assunte dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

In particolare, con la citata determinazione n. 4/2007 del 29/03/2007 l'Autorità ha affrontato la questione dell'applicabilità, ai servizi di progettazione, dell'art. 125 del D.Lgs. n. 163/2006, ultimo periodo del comma 11 che, per servizi (e forniture) di importo inferiore a 20.000,00 euro, consente l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento. L'Autorità ha stabilito che dal combinato disposto degli articoli 91, comma 2, e 125, comma 11, del Codice, non si può escludere che una stazione appaltante, in relazione alle proprie specifiche esigenze ed attività, possa ricomprendere nel regolamento interno per la disciplina della propria attività contrattuale, anche l'affidamento in economia dei servizi tecnici e, pertanto, per le prestazioni di importo inferiore a 20.000 euro, in base all'articolo 125, comma 11, del Codice, previa costituzione di un elenco di operatori qualificati, procedere alla scelta del tecnico mediante affidamento diretto. In tal caso il ribasso sull'importo della prestazione, stimato ai sensi del decreto del Ministro della Giustizia n. 96

¹ Corte europea di Giustizia, Causa C-59/00 Bent Moustén Vestergaard [2001] Racc. I-9505, paragrafo 20. Corte europea di Giustizia, Causa C-231/03 Coname, sentenza del 21.7.2005, paragrafi da 16 a 19; in sostanza viene affermata l'inidoneità di circostanze particolari, quali un valore molto limitato, a produrre una lesione dei principi comunitari.

² La Commissione europea, nella Comunicazione Interpretativa sul diritto applicabile agli appalti sotto soglia comunitaria (anno 2006), ha affermato che la decisione sulla rilevanza dell'appalto deve essere basata su una valutazione delle circostanze specifiche del caso, quali: l'oggetto dell'appalto; l'importo stimato; le particolari caratteristiche del settore cui affrisce l'appalto (dimensioni e struttura del mercato, prassi commerciali, ecc.); il luogo geografico di esecuzione.



del 4 aprile 2001, verrebbe negoziato fra responsabile del procedimento e operatore economico cui si intende affidare la commessa.

L'articolato normativo regionale dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Suprema Corte, appare, pertanto, compatibile con le autorevoli pronunce e posizioni sopra esposte, così come con il combinato disposto degli stessi articoli 91, comma 2 e 125, comma 11 del D.lgs. 163/2006. Seppure l'atto dell'Autorità di Vigilanza non abbia valore normativo ma, piuttosto, meramente interpretativo, esso costituisce un valido presupposto giuridico sul quale si ritiene possa essere orientata l'azione amministrativa, nel rispetto dei principi generali di efficacia, tempestività e trasparenza.

Allo stesso modo i meccanismi selettivi oggettivi, e il conseguente affidamento, tramite procedura negoziata semplificata, dei servizi tecnici di importo superiore a 20mila euro e fino a 100mila euro, appaiono allineati alla normativa nazionale (in particolare all'art. 57, comma 6 del D.lgs. 163/2006) giacché si risolvono in una gara informale, con lettera di invito contestualmente trasmessa ad almeno dieci candidati (numero, peraltro, superiore a quello previsto dalla corrispondente norma statale), individuati tramite "Elenco", sulla base di criteri selettivi oggettivi, predeterminati nell'Avviso di costituzione dell'Elenco medesimo (ovvero, in alternativa, in assenza di Elenco, sulla base di una indagine di mercato).

Con il D.lgs. 152/2008 tale procedimento è stato espressamente esteso ai servizi tecnici di collaudo.

Pur con le precisazioni sopra esposte, che rilevano nel concreto esercizio dell'azione amministrativa, in particolare ove si fosse già tradotta nell'adozione di atti regolamentari, ferma l'applicabilità dei restanti commi non investiti dalla pronuncia della Suprema Corte, i corretti riferimenti normativi in materia di procedure di selezione per l'affidamento dei servizi tecnici - riconducibili alla materia costituzionale "tutela della concorrenza", di potestà esclusiva dello Stato - sono, quindi, da intendersi gli articoli 90 e segg. e 125, comma 11, del Codice dei contratti.

(Art. 13) – Verifica e validazione del progetto per l'appalto di lavori

Per la Corte la validazione dei progetti, in specie attraverso l'ampliamento dell'area accessibile ai validatori non qualificati dall'accreditamento ed il restringimento dell'area riservata ai validatori accreditati (**commi 3, 4 e 10**), interferisce con la materia "tutela della concorrenza", di competenza esclusiva dello Stato. Preso atto della inefficacia dei commi dichiarati costituzionalmente illegittimi, prevalgono in materia le disposizioni statali, ferma restando l'applicabilità dei restanti commi dell'art. 13 non investiti dalla pronuncia della Suprema Corte.



(Art. 16) - Sistemi di realizzazione

Il **comma 12** prevede due sistemi: l'aggiudicazione alla migliore offerta congiunta ovvero l'aggiudicazione simultanea a due imprese per la migliore offerta relativa all'esecuzione e all'acquisizione dei beni. La gara è da intendersi andata deserta solo qualora non siano state presentate offerte aventi ad oggetto l'acquisto del bene; per la legge statale ciò avviene - beninteso, quando previsto dal bando - se l'amministrazione non abbia stanziato risorse diverse da quelle corrispondenti al possesso del bene e siano state presentate solo offerte per l'esecuzione dei lavori.

Il comma 12, dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte, prevede, dunque, un sostanziale mutamento dei criteri di aggiudicazione, sussumibili nella materia "tutela della concorrenza", di competenza esclusiva dello Stato.

Preso atto della inefficacia del comma dichiarato costituzionalmente illegittimo, il corretto riferimento in materia deve, pertanto, intendersi l'art. 53, commi 6 e segg. del Codice dei contratti.

(Art. 20) - Offerte anormalmente basse

Il **comma 5**, dichiarato costituzionalmente illegittimo dal Giudice delle leggi, introduce una norma di semplificazione del procedimento amministrativo, garantendo, comunque, il contraddittorio in sede di verifica dell'anomalia, con produzione postuma dei giustificativi, in aderenza agli orientamenti del Consiglio di Stato (sez. IV, n. 8028/2004; sez. VI, n. 1072/2004), dell'Autorità di vigilanza (Deliberazione Autorità 11.7.2007, n. 246) e della Corte di Giustizia che non si oppone alla facoltà di prevedere richieste di giustificativi contestualmente alla presentazione dell'offerta, ma non configura tale richiesta come obbligo (Sentenza 27.11.2001, n. 285; *costituisce, invece, un obbligo il contraddittorio successivo*). Vero è che, secondo il principio di diritto già affermato dalla Consulta, quello della verifica delle offerte anormalmente basse è un procedimento complesso in cui assume preminenza la finalità di assicurare il rispetto delle regole della concorrenza nella fase di scelta del contraente.

Occorre, tuttavia, rilevare quanto segue:

1. il legislatore statale ha recentemente innovato la materia delle offerte anormalmente basse, allineandosi, sostanzialmente, alle richiamate pronunce del Consiglio di Stato e della Corte di Giustizia sopra richiamate, già fatte proprie dal legislatore regionale nel predetto comma 5, dichiarato costituzionalmente illegittimo. Con l'articolo 4-*quater* della legge 3.8.2009, n. 102 (di conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 78/2009 recante "*Provvedimenti anticrisi nonché proroghe dei termini e della partecipazione italiana a*



missioni internazionali) è stato, fra l'altro, soppresso il comma 5 dell'articolo 86 del Codice che imponeva il generale obbligo di corredare le offerte, sin dalla loro presentazione, delle giustificazioni di cui all'articolo 87, comma 2 del Codice, relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara. Il legislatore nazionale, al fine di coordinare l'impianto normativo alla stregua della abrogazione di tale obbligo di allegazione, ha previsto una serie articolata di ulteriori interventi sul Codice che rimodulano il procedimento, e relativi termini, e prevedono la possibilità della valutazione comparata delle offerte anomale, fino ad un massimo di cinque;

2. sopravvivono, nell'articolo 20 della legge regionale 5/2007, norme recanti la disciplina del giudizio di congruità, con la previsione - per tutti i tre settori della contrattualistica pubblica - della soglia comunitaria quale soglia al di sotto della quale è facoltizzato il ricorso all'esclusione automatica (e non v'è, dunque, obbligo di contraddittorio).

La disomogeneità fra il quadro normativo regionale e quello statale in materia di offerte anomale, derivante sia dall'intervento della Corte Costituzionale, sia dai recenti interventi del legislatore nazionale, pone un problema, più generale, di allineamento della disciplina regionale alle disposizioni di coordinamento e di adeguamento comunitario recate dal D.lgs. 11.9.2008, n. 152, così come alle disposizioni di cui all'articolo 4-*quater* della citata legge 102/2009.

Per quanto sopra esposto, in materia di giustificativi delle offerte anomale e, in forza del primato del diritto comunitario, in materia di esclusione automatica e, più in generale, di fasi del giudizio di congruità, si ritengono prevalenti le disposizioni statali disciplinanti il relativo procedimento, come modificato dal D.lgs. 11.9.2008, n. 152 e dalla Legge 102/2009.

(Art. 21) - Licitazione privata semplificata per l'affidamento di lavori

Il Giudice delle leggi ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il **comma 1** concernente il ricorso alla procedura semplificata di gara per l'affidamento di lavori di importo superiore a 200mila euro e sino all'importo di 1.500mila euro.

La fattispecie che legittima il ricorso alla procedura *de qua* è, pertanto, da intendersi quella prevista dal comma 1 dell'art. 123 del Codice, come modificato dal D.lgs. 152/2008 (appalti di lavori di importo inferiore a 1 milione di euro).

Per quanto attiene alle modalità di espletamento della procedura ristretta semplificata, le ulteriori disposizioni di cui all'art. 21 della legge regionale, non costituenti oggetto del *dictum* della Corte,



sono, allo stato, efficaci. L'antinomia tra norme - regionali e statali - disciplinanti il medesimo istituto, discendente dalla pronuncia della Suprema Corte, andrebbe, tuttavia, preferibilmente risolta, in via cautelativa, attraverso una interpretazione sistematica, secondo le seguenti direttrici:

- le modalità di pubblicità di cui al comma 2 della disposizione regionale, sono da intendersi "aggiuntive" rispetto alle modalità di pubblicità previste per l'avviso di preinformazione (art. 63, commi 1 e 3 del Codice), prescritte al comma 2 dell'art. 123 del Codice.
- il comma 5 fissa il presupposto legittimante l'utilizzo della licitazione privata semplificata - con rinvio al comma 1, dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte - nel numero minimo di almeno 10 operatori che abbiano presentato domanda di invito, per gli appalti di lavori di importo inferiore a 500mila euro e di almeno 20 operatori negli altri casi. Rinvia, inoltre, al comma 17 dell'art. 22, dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte, per le forme di pubblicità della licitazione privata "ordinaria" indetta nel caso di mancato raggiungimento dei requisiti minimi per l'utilizzo della licitazione semplificata. Tale disposizione non appare, pertanto, applicabile, attesa l'intervenuta inefficacia delle norme cui fa espresso rinvio.
- il comma 7, primo periodo, prevede l'esonero dalla cauzione provvisoria nell'ambito della licitazione semplificata; l'inefficacia, e conseguente inoperatività, di tale disposizione, discende dal fatto che il comma 1 dell'articolo 54, che faceva salvo quanto previsto dal comma 7 *de qua*, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo.

(Art. 22) - Bandi di gara, esiti, pubblicità

La pubblicazione dei bandi di gara, in specie con l'esclusione della previsione di pubblicazione dei bandi sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, in favore della pubblicazione dei medesimi sui siti internet della Regione, nonché con l'introduzione di forme di pubblicità attenuata in relazione a bandi inerenti ad appalti di lavori pubblici di valore ridotto (**commi 2, 14, 17 e 18**), incide sulle procedure di selezione dei concorrenti e sulle procedure di affidamento, ambiti compresi – come si è detto – nella materia della tutela della concorrenza.

Secondo il Giudice delle leggi anche per tale aspetto, il peculiare atteggiarsi della trasversalità della materia nel settore degli appalti pubblici, giustifica una disciplina statale uniforme di dettaglio, tanto nei contratti di rilevanza comunitaria, quanto in quelli sotto soglia. Ne segue che, nell'affidamento di lavori, servizi e forniture sotto soglia comunitaria, vanno osservate le forme di



pubblicità previste dagli articoli 122 e 124 del D.Lgs. 163/2006, mentre nell'affidamento di lavori, servizi e forniture sopra soglia si applicano le forme di pubblicità di cui agli articoli 63, 64, 65, 66, 70, 71 e 72 del medesimo D.Lgs. 163/2006.

La Corte costituzionale non è stata chiamata a pronunciarsi sui contenuti dei commi da 3 a 13, da 15 a 16 e da 19 a 25 che sono, allo stato, vigenti, seppure ragioni di coerenza sistematica inducano a risolvere l'eventuale lacuna normativa, discendente dalla parziale dichiarazione di illegittimità delle disposizioni in materia, con l'applicazione, in via cautelativa, della corrispondente normativa statale.

(Articoli 24 e 30, 1° comma) - Qualificazione negli appalti

Per la Suprema Corte l'art. 24 incide sulle procedure di qualificazione e selezione dei concorrenti, ambito compreso – come si è detto – nella materia “tutela della concorrenza”, con una alterazione delle relative regole operanti nel settore degli appalti pubblici. Il primo comma del richiamato articolo 24 della legge regionale 5/2007 recita: *“I soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici che si svolgono nel territorio regionale devono essere qualificati ai sensi della legge regionale 9 agosto 2002, n. 14, e successive modifiche, o, in alternativa, ai sensi della normativa statale in materia, norme alle quali espressamente si rinvia; pertanto le stazioni appaltanti opere pubbliche da eseguire nell'ambito del territorio regionale, indipendentemente dalla fonte di finanziamento, devono ammettere agli appalti di tali opere sia imprese aventi la sola iscrizione all'albo regionale degli appaltatori di opere pubbliche, sia imprese in possesso della sola attestazione rilasciata dalle SOA (Società Organismi di Attestazione).”*

La norma richiamata fissa il principio della equivalenza tra sistema A.R.A e sistema S.O.A., già espresso nell'art. 2 della Legge regionale n. 14/2002 (recante *“Nuove norme in materia di qualificazione delle imprese per la partecipazione agli appalti di lavori pubblici che si svolgono nell'ambito del territorio regionale”*), dal quale principio discende l'obbligo, per tutte le stazioni appaltanti che operano nel territorio regionale (comprese le amministrazioni dello Stato) - a prescindere dalla fonte di finanziamento - di ammettere agli appalti sia gli operatori qualificati A.R.A., sia gli operatori qualificati S.O.A.. Stante il *petitum* invocato nel ricorso, la dichiarazione di incostituzionalità della suprema Corte, in virtù del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, ha, pertanto, l'effetto di intervenire, esclusivamente, sull'estensione dell'obbligo di ammissione alle gare d'appalto degli operatori A.R.A. *“indipendentemente dalla fonte di finanziamento”*.



Tale orientamento è, peraltro, supportato da analoghe valutazioni espresse dalla Direzione Generale dell'Area Legale della Presidenza secondo cui la recente sentenza della Suprema Corte non può avere effetto caducante nei confronti di altre e diverse disposizioni normative, antecedenti all'entrata in vigore del Codice dei contratti, al momento non impugnate.

A seguito della pronuncia della Corte, con la cessazione di efficacia dell'articolo 24, le amministrazioni ed enti dello Stato, sono da ritenersi non soggetti all'obbligo di ammettere alle gare d'appalto che si svolgono nel territorio della Regione, a prescindere dalla fonte di finanziamento, le imprese qualificate secondo il sistema di cui alla citata Legge regionale n. 14/2002.

Si richiama sul punto la Deliberazione della Giunta Regionale n. 3/8 del 16.1.2009 con la quale si è preso atto che la Sentenza 17 dicembre 2008, n. 411 della Suprema Corte, pur avendo dichiarato costituzionalmente illegittimi gli articoli 24 e 30, comma 3 della legge regionale 7 agosto 2007, n. 5 - concernenti, rispettivamente "Qualificazione negli appalti" e riallineamento alla qualificazione dei consorzi stabili dell'art. 21, comma 1 della legge regionale 9 agosto 2002, n. 14 - non ha effetto caducante nei confronti della medesima legge regionale n. 14/2002 - allo stato non impugnata - e non comporta, pertanto, alcuna ricaduta sul vigente sistema di qualificazione regionale. La citata Deliberazione conferma - in assenza di una specifica pronuncia della Suprema Corte sulla Legge regionale 9 agosto 2002, n. 14 - l'operatività dell'Albo Regionale degli Appaltatori.

Con la richiamata Deliberazione, la Giunta regionale aderisce a quell'orientamento della Corte Costituzionale secondo cui l'assetto del nostro ordinamento costituzionale, anche dopo la riforma del Titolo V, presuppone, nel caso di contrasto tra legge regionale e legge statale, il rinvio alla Corte affinché sia questa a dare la propria interpretazione sulla perdurante vigenza o sulla abrogazione della norma regionale (Sentenza Corte Costituzionale n. 198 del 28.6.2004). Ciò comporta che nel caso di contrasto di norme - statali e regionali - dipendente dalla sovrapposizione dei relativi ambiti di competenza, questo può essere risolto attraverso il promovimento del giudizio di legittimità costituzionale della norma ritenuta - da parte dell'Ente ricorrente - lesiva della propria sfera di autonomia legislativa.

L'orientamento espresso dalla Giunta Regionale con deliberazione n. 3/8 del 16.1.2009, assume ancor più pregnanza alla luce della recente Sentenza n. 115 del 1° febbraio 2010, con la quale il T.A.R. Sardegna conferma la legittimità dell'aggiudicazione di un appalto, disposta in favore di un operatore qualificato A.R.A..

La citata pronuncia del giudice amministrativo fa seguito all'ordinanza n. 361/2009 del 30 settembre 2009, con la quale il T.A.R. Sardegna, in sede cautelare, nell'accogliere la richiesta di sospensiva di un bando di gara, e relativo provvedimento di aggiudicazione, pronunciava sulla



fondatezza della censura di illegittimità della clausola del bando di gara che ammetteva alla procedura di gara anche gli operatori iscritti all'Albo Regionale degli Appaltatori (A.R.A.) di cui alla vigente L.R. 14/2002.

Ebbene, con la richiamata sentenza n. 115 dello scorso 1° febbraio 2010, il T.A.R. Sardegna, ritenendo di dover privilegiare la trattazione dei motivi dedotti dalla controinteressata in sede di ricorso incidentale (aggiudicataria qualificata A.R.A.), ha dichiarato la fondatezza del medesimo. L'accoglimento del ricorso incidentale comporta l'inammissibilità del ricorso principale, per difetto di interesse a ricorrere dell'operatore, secondo graduato.

Per effetto dell'accoglimento del ricorso incidentale, il TAR Sardegna, non pronunciando sul merito, non conferma l'esito dell'ordinanza cautelare n. 361/2009, lasciando invariata la situazione ad essa preesistente, che vede aggiudicatario dell'appalto un operatore qualificato A.R.A..

Rinviando ad altre sedi la eventuale questione di compatibilità del sistema regionale di qualificazione con il diritto comunitario, si vuole, tuttavia, rilevare come il complessivo sistema della direttiva comunitaria 2004/18/CE (articoli 47, 48, 52) riconosca la certificazione da parte di organismi pubblici (qual è l'Albo Regionale degli Appaltatori), così come la possibilità, per gli operatori, di dimostrare la propria idoneità tecnico-finanziaria, anche attraverso strumenti alternativi ed equivalenti.

(Art. 26) - Motivi di esclusione

Per il Giudice delle leggi la disciplina sulle cause di esclusione dalle gare, con l'introduzione dell'ulteriore ipotesi della mancata effettuazione del sopralluogo, secondo le modalità fissate dalla stazione appaltante (**comma 2**), incide sulle procedure di selezione dei concorrenti, ambito compreso – come si è detto – nella materia della tutela della concorrenza, con una alterazione delle relative regole operanti nel settore degli appalti pubblici.

Il comma 2, dichiarato costituzionalmente illegittimo, precisa che costituisce causa di esclusione *il mancato assolvimento dell'obbligo di avvenuto sopralluogo, secondo le modalità indicate dalla stazione appaltante*. Il fondamento dell'obbligo di sopralluogo, risiede, a ben vedere, nelle norme che impongono ai concorrenti di dichiarare, tra l'altro, in sede di gara, *a garanzia della serietà dell'offerta*, di aver preso visione dei luoghi (attualmente, l'art. 71, comma 2 del d.p.r. n. 554/1999, applicabile alle procedure in corso, in attesa del regolamento previsto dall'art. 4 della legge regionale). In sostanza, l'"obbligo di sopralluogo" equivale alla "presa visione dei luoghi". Per questa ragione, la norma, che pure ha cessato di avere efficacia in seguito alla pronuncia della



Corte, non introduce nell'ordinamento una nuova causa di esclusione ma richiama un principio, le conseguenze della cui violazione risultano già codificate. Il legislatore regionale rimette, invece, alla stazione appaltante la scelta - evidentemente in relazione all'importanza e alla tipologia dell'opera - delle modalità più idonee a garantire l'assolvimento dell'obbligo di sopralluogo.

Per le ragioni sopra esposte, in forza del richiamo all'art. 71, comma 2 del D.P.R. n. 554/1999, con espressa statuizione del bando di gara, le stazioni appaltanti potranno continuare ad indicare gli adempimenti ritenuti idonei a garantire l'assolvimento della presa visione dei luoghi, consistenti nella "dichiarazione di sopralluogo" a cura del partecipante ovvero nella redazione di apposito "verbale di sopralluogo" a cura della stazione appaltante, nella persona del funzionario incaricato (si veda sul punto Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 7 luglio 2005, n. 3279; cfr: art. 106, comma 2 dell'emanando Regolamento di attuazione del Codice).

(Art. 34) - Contratto di concessione di lavori pubblici

Il primo comma – dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte – introduce limiti al corrispettivo nel contratto di concessione dei lavori pubblici e, così facendo, determina una lesione della sfera di competenza statale, alterando le regole contrattuali che disciplinano i rapporti privati. Tale materia afferisce, infatti, all'ambito dei rapporti contrattuali e dell'esecuzione degli stessi – quindi, alla materia dell'"ordinamento civile" (Cfr.: precedenti Sentenze n. 322 del 2008, n. 431 e n. 401 del 2007 della Suprema Corte).

La Corte costituzionale non è stata chiamata a pronunciarsi sui contenuti dei commi da 2 a 15 che sono, allo stato, vigenti, seppure taluni di essi contengano il rinvio a disposizione dichiarate dalla Consulta costituzionalmente illegittime (fra gli altri, il comma 6, recante il rinvio all'articolo 22). In tali casi, per ragioni di coerenza sistematica, prevale la corrispondente normativa statale.

(Articoli 35 e 36) – Prelazione e Project financing

Per il Giudice delle leggi la tematica della selezione delle proposte di cui agli articoli 35, comma 2 e 36 - che riconoscono il diritto di prelazione del promotore rispetto al vincitore della gara - incide sulle procedure di selezione dei concorrenti e sulle procedure di affidamento, ambiti compresi - come si è detto - nella materia della tutela della concorrenza, anche con una evidente alterazione delle relative regole operanti nel settore degli appalti pubblici.

La Corte costituzionale non è stata chiamata a pronunciarsi sul contenuto dei commi 1, 3, 4, 5 e 6 dell'art. 35, così come sul contenuto dell'art. 37. Tali norme sono, allo stato, vigenti, seppure



ragioni di coerenza sistematica inducano a risolvere il conflitto tra norme statali e regionali disciplinanti il medesimo istituto, riconoscendo, in via cautelativa, la prevalenza della corrispondente normativa statale di adeguamento comunitario.

Il criterio di prevalenza, nella materia *de qua*, delle disposizioni statali disciplinanti l'istituto, trova, più in generale, applicazione sul complessivo assetto normativo regionale delineato dagli articoli 35, 36 e 37 della L.R. 5/2007, che si ritiene, allo stato, non applicabile alla luce delle profonde modifiche di adeguamento comunitario, introdotte dal D.lgs. 152/2008. Con tale intervento il legislatore ha rifondato l'istituto del *Project financing*, prevedendo differenti schemi procedurali, attivabili ad iniziativa dell'Amministrazione, mediante la pubblicazione di un bando (con due procedimenti alternativi) ovvero ad iniziativa di soggetti privati, mediante la formulazione di una proposta rivolta all'amministrazione aggiudicatrice.

(Articoli 38 e 39) - Procedura negoziata con e senza pubblicazione di un bando di gara

Il **comma 1** dell'art. 38, dichiarato costituzionalmente illegittimo, prevede, fra l'altro, due ulteriori ipotesi di procedura negoziata con bando (espunte dal Codice dei contratti con il D.Lgs. 113/2007):

- 1) lavori, forniture, servizi la cui natura o i rischi connessi non consentano una fissazione preliminare e globale dei prezzi;
- 2) servizi finanziari e prestazioni di natura intellettuale, quali la progettazione di opere, se la natura della prestazione da fornire renda impossibile stabilire le specifiche del contratto con la precisione sufficiente per poter aggiudicare l'appalto selezionando l'offerta migliore secondo le norme della procedura aperta o della procedura ristretta.

I **commi 1 e 3** dell'art. 39, dichiarati costituzionalmente illegittimi, ammettono la procedura negoziata anche per la ripetizione di lavori analoghi già affidati, con evidenza pubblica, allo stesso operatore e per appalti di lavori sotto la soglia dei 300mila euro, senza motivazione, sulla base del solo limite d'importo, tramite gara informale alla quale devono essere invitati non meno di 10 operatori, ove possibile.

E' pur vero che le ulteriori richiamate ipotesi di procedura negoziata sono previste dalla stessa direttiva comunitaria ma è altrettanto vero che il *legislatore nazionale può individuare casi più ridotti di legittimo ricorso alla procedura negoziata rispetto a quanto previsto dalle corrispondenti direttive, in quanto l'effetto è di ampliare le ipotesi di procedura a evidenza pubblica, in coerenza*



con gli obiettivi del legislatore europeo che sono, appunto, quelli di ampliare la concorrenza (Corte cost. n. 482/1995).

In questa prospettiva, appunto, di ampliamento della concorrenza, si è mosso il legislatore statale con il D.Lgs. 113/2007, tracciando un percorso rispetto al quale le disposizioni regionali presentano profili di contrasto. Per la suprema Corte tali norme incidono, infatti, sulle procedure di affidamento, ambito compreso – come si è detto – nella materia “tutela della concorrenza”. Per tale ragione l’affidamento degli appalti pubblici mediante procedura negoziata è ora consentito unicamente nei casi previsti dal D.Lgs. 163/2006, mentre le ipotesi e le soglie individuate dagli articoli 38 e 39 della L.R. 5/2007 non giustificano più il ricorso a detta procedura.

La Corte costituzionale non è stata chiamata a pronunciarsi sul contenuto dei commi 2, 3, 4 e 5 dell’art. 38 e sui commi 2, 5, 6, 7, 8 dell’art. 39, concernenti la regolamentazione della procedura, per le ipotesi di procedura negoziata dichiarate costituzionalmente illegittime dalla Corte.

Tali commi sono, allo stato, vigenti, seppure ragioni di coerenza sistematica inducano a risolvere l’antinomia tra norme, disciplinanti la medesima materia, discendente dalla pronuncia della Suprema Corte, riconoscendo, in via cautelativa - per le ipotesi di procedura negoziata, con e senza bando, dichiarate costituzionalmente illegittime - la prevalenza della corrispondente normativa statale, anche in materia di adempimento delle relative forme di pubblicità.

Allo stesso modo, il comma 4 dell’art. 39, è da intendersi inefficace giacché introduce, per servizi e forniture, una nuova ipotesi di procedura negoziata - agganciata al solo limite di importo (130mila euro) - con espresso richiamo alla fattispecie di cui al comma 3, dichiarato costituzionalmente illegittimo.

(Articoli 40 e 41) – Lavori, servizi e forniture da eseguirsi in economia

Gli articoli 40 e 41, dichiarati costituzionalmente illegittimi, che identificano nuove ipotesi di ricorso alle spese in economia, incidono sulle procedure di selezione dei concorrenti e sulle procedure di affidamento, ambito compreso – come si è detto – nella materia della tutela della concorrenza, con una alterazione delle relative regole operanti nel settore degli appalti pubblici. Si applica in materia la corrispondente normativa statale.

(Art. 46) – Concorsi di idee e di progettazione



I **commi 4 e 7**, cassati dalla Suprema Corte, determinano propri criteri di affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura, così incidendo sulle procedure di selezione dei concorrenti e sulle procedure di affidamento, ambito compreso – come si è detto – nella materia “tutela della concorrenza”, con una alterazione delle relative regole operanti nel settore degli appalti pubblici.

La Corte costituzionale non è stata chiamata a pronunciarsi sui contenuti dei commi 1, 2, 3, 5 e 6 dell'art. 46, che sono, allo stato, vigenti, seppure ragioni di coerenza sistematica inducano a risolvere l'eventuale lacuna normativa, discendente dalla parziale dichiarazione di illegittimità delle disposizioni in materia, con l'applicazione, in via cautelativa, della corrispondente normativa statale.

(Art. 51) - Disciplina economica dei lavori, dei servizi e delle forniture

Il **comma 1** dell'art. 51, dichiarato costituzionalmente illegittimo, contiene un mero rinvio alle norme statali in materia di “disciplina economica di lavori, servizi, forniture” (per cui non pare revocabile in dubbio l'applicazione, a legislazione regionale vigente, del meccanismo di “revisione dei prezzi”, finalizzato a garantire il sinallagma in presenza di notevoli fattori di perturbazione del mercato) mentre il **comma 3**, pure dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Suprema Corte, prevede che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possano utilizzare il prezzario regionale di cui al comma 2 del medesimo articolo anche per i lavori non finanziati dalla Regione (con l'obbligo, in alternativa, di dotarsi di propri prezzari, da aggiornare annualmente secondo quanto previsto dall'art. 133, comma 8 del D.lgs. 163/2006).

Nonostante il contenuto delle richiamate disposizioni non appaia, a ben vedere, confliggere con la norma statale, la suprema Corte ha, comunque, ricondotto all'ambito dei rapporti contrattuali e dell'esecuzione degli stessi – quindi, alla materia dell'“ordinamento civile” – i commi 1 e 3, giacché gli stessi “*stabiliscono regole in tema di variazione dei prezzi*” e, in tal modo, ledono la sfera di competenza riservata allo Stato, alterando le regole contrattuali che disciplinano i rapporti privati (con rinvio, sul punto, alle precedenti Sentenze n. 322 del 2008, n. 431 e n. 401 del 2007 della Suprema Corte).

Per contro, sebbene le citate norme non possano più trovare applicazione, rimane stabilita la competenza regionale, testualmente riconosciuta dall'art. 89, comma 4, del D.lgs. 163/2006, all'approvazione ed aggiornamento annuale del prezzario, il quale riveste carattere vincolante per le “*opere da eseguirsi con finanziamenti comunque concessi dalla Regione*”, per le quali non si applica l'articolo 133, comma 8 del Codice.



(Art. 54) - Garanzie ed assicurazione

I commi 1, 2, 8, 9, 10, e 11, cassati dalla Suprema Corte, individuano le garanzie ed assicurazioni a corredo dell'offerta. La Corte costituzionale ha affrontato e definito già in precedenti pronunce la questione delle competenze regionali in punto di garanzie, riconoscendo in capo al legislatore statale la competenza esclusiva a legiferare nel dettaglio anche su questi aspetti, come di seguito previste.

Cauzione Provvisoria. Le garanzie a corredo dell'offerta sono attratte alla competenza esclusiva del legislatore statale sul rilievo che si inseriscono nella fase di individuazione del contraente e, pertanto, le relative disposizioni sono dirette a disciplinare il sistema delle offerte, a garantire la competitività e la concorrenzialità delle imprese nel segmento di mercato interessato dai contratti per l'esecuzione di lavori pubblici, servizi e forniture. Il comma 1, dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte, introduce una nuova forma di incentivazione, consistente nell'esonero dalla prestazione della cauzione provvisoria per gli appalti di servizi e forniture sotto soglia comunitaria e per gli appalti di lavori per i quali si sia fatto ricorso alla procedura ristretta ordinaria ai sensi degli articoli 21, comma 7 e 22, comma 17 della medesima legge regionale. Occorre, peraltro, rilevare una criticità di coordinamento di norme in punto di regolazione – a livello regionale – del sistema delle garanzie: mentre il comma 17 dell'art. 22 è stato espressamente dichiarato costituzionalmente illegittimo, il comma 7 dell'art. 21, non impugnato dal Governo è, comunque, da ritenersi inefficace in quanto, come si è detto, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo il comma 1 dell'articolo 54, che faceva salva tale disposizione.

Garanzia Definitiva. Secondo la Corte costituzionale, le garanzie di esecuzione del contratto sono riconducibili alla materia "ordinamento civile", di talché esse esigono un trattamento uniforme sull'intero territorio nazionale.

La Corte costituzionale non è stata chiamata a pronunciarsi sui contenuti dei commi 3, 4, 5, 6 e 7 dell'art. 54, che sono, allo stato, vigenti, seppure ragioni di coerenza sistematica inducano a risolvere l'eventuale lacuna normativa, discendente dalla parziale dichiarazione di illegittimità delle disposizioni in materia, con l'applicazione, in via cautelativa, della corrispondente normativa statale.

Le garanzie nei servizi tecnici. L'esonero dalla prestazione della cauzione (provvisoria e definitiva) per le gare di appalto dei servizi tecnici di ingegneria e architettura, è stata



espressamente prevista dal legislatore regionale nel comma 1, dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte.

Si rammenta in proposito che, pur in assenza, allo stato, di espressa norma di legge (regionale o statale), sia l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (Determinazione N. 6 del 11.7.2007), sia il Consiglio di Stato (sez. V, n. 1231, 13.3.2007), hanno interpretato l'articolato normativo in materia di garanzie - provvisoria e definitiva - di cui agli articoli 75 e 113 del Codice, nel senso della sua inapplicabilità agli operatori partecipanti alle gare per l'affidamento di servizi tecnici di ingegneria e architettura, sia nel sotto-soglia, sia nel sopra-soglia.

(Art. 57) – Consegna dei lavori e avvio dell'esecuzione della fornitura o del servizio

Nella sentenza 411/2008 la Consulta conferma la titolarità della competenza statale a disciplinare alcuni istituti collocabili nella fase di esecuzione del contratto d'appalto, riconducendo all'ambito dei rapporti contrattuali e dell'esecuzione degli stessi – quindi, alla materia dell'"ordinamento civile" – l'art. 57 (consegna dei lavori e avvio dell'esecuzione della fornitura o del servizio). Tale disposizione, dichiarata costituzionalmente illegittima, lede la sfera di competenza riservata allo Stato, alterando le regole contrattuali che disciplinano i rapporti privati (con rinvio alle precedenti Sentenze n. 322 del 2008, n. 431 e n. 401 del 2007 della Suprema Corte).

In materia di esecuzione del contratto si applica, pertanto, la corrispondente normativa statale.

(Art. 58) – Subappalti

La Corte ha ricondotto all'ambito dei rapporti contrattuali e dell'esecuzione degli stessi – quindi, alla materia dell'"ordinamento civile" – l'art. 58. Tale disposizione, dichiarata costituzionalmente illegittima, lede la sfera di competenza riservata allo Stato, alterando le regole contrattuali che disciplinano i rapporti privati (con rinvio alle precedenti Sentenze n. 322 del 2008, n. 431 e n. 401 del 2007 della Suprema Corte).

In tema di subappalto, la Corte costituzionale, in precedenti sentenze, ha affermato che esso costituisce un istituto tipico del rapporto di appalto, come tale disciplinato dal Codice Civile e inquadrabile nell'ambito dei contratti di derivazione. Sotto questo profilo, il subappalto è riferibile alla materia "ordinamento civile". Nondimeno, secondo la Corte, il subappalto assolve anche ad una funzione di garanzia della concorrenzialità del mercato e, quindi, anche per questo aspetto, appartiene alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.

In materia di subappalto si applica, pertanto, la corrispondente normativa statale.



(Articoli 59 e 60) - Collaudo e regolare esecuzione di lavori, servizi e forniture

La Corte ha ricondotto all'ambito dei rapporti contrattuali e dell'esecuzione degli stessi – quindi, alla materia dell'"ordinamento civile" – gli articoli **59** (collaudo di forniture e servizi) e **60** (collaudo di lavori) della legge regionale. Tali norme sono state dichiarate incostituzionali in quanto ledono la sfera di competenza riservata allo Stato, alterando le regole contrattuali che disciplinano i rapporti privati (con rinvio alle precedenti Sentenze n. 322 del 2008, n. 431 e n. 401 del 2007 della Suprema Corte).

In materia di collaudo e regolare esecuzione di lavori, servizi e forniture si applica, pertanto, la corrispondente normativa statale, anche per quanto attiene alle modalità di affidamento che il D.lgs. 152/2008 ha allineato a quelle previste - per i servizi tecnici di ingegneria e architettura - dall'art. 91 del Codice.

REGIME TRANSITORIO

Le disposizioni regionali dichiarate costituzionalmente illegittime cessano di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza in Gazzetta Ufficiale (avvenuta in data 24 dicembre 2008).

In questa prospettiva, si precisa che, per gli istituti disciplinati dalle norme dichiarate costituzionalmente illegittime, il Codice dei contratti si applica, nei termini più sopra chiariti, con riferimento alle procedure e ai contratti i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara siano pubblicati successivamente alla pubblicazione della sentenza in Gazzetta Ufficiale, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure e ai contratti in cui, alla data di pubblicazione della sentenza in Gazzetta Ufficiale, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte.

Esecuzione del contratto. Per quanto attiene agli istituti appartenenti alla fase esecutiva, le relative disposizioni regionali non possono trovare applicazione per i contratti stipulati successivamente alla data di pubblicazione della sentenza, salvo il caso in cui determinate disposizioni o condizioni contrattuali risultino riportate nel bando di gara pubblicato anteriormente a tale data, e abbiano quindi concorso a determinare i contenuti dell'offerta presentata dai partecipanti alla gara d'appalto.

Si precisa, comunque, che, in ragione della loro estraneità agli ambiti materiali oggetto della sentenza della Corte costituzionale e trattati dal Codice dei contratti, non si pone alcuna questione in merito all'applicabilità delle disposizioni della L.R. 5/2007 disciplinanti gli organi consultivi



regionali, di quelle concernenti la programmazione regionale di finanziamento delle opere pubbliche, delle disposizioni in materia di tutela e sicurezza dei lavoratori, delle disposizioni specifiche sull'edilizia sociale, delle disposizioni afferenti all'organizzazione della Regione per la trasparenza e la qualificazione degli appalti pubblici e di quelle concernenti la qualità architettonica. Giova, inoltre, richiamare i seguenti atti assessoriali di indirizzo interpretativo e applicativo che hanno contribuito a orientare l'attività degli operatori, in un contesto di incertezza interpretativa del complessivo quadro normativo di settore:

- Atto assessoriale Prot. n. 2075 del 1 agosto 2008, contenente "*Linee interpretative e applicative sull'obbligo di indicazione del giovane professionista "coprogettista"*": l'applicazione dell'art. 11, comma 8 della L.r. 5/2007 – che prevede l'obbligo di indicazione del giovane professionista co-progettista anche da parte dei liberi professionisti e dei concorrenti singoli – deve intendersi limitata ai soli operatori che, per propria scelta organizzativa, intendano partecipare in raggruppamento.
- Atto assessoriale Prot. n. 415 del 2.3.2009 contenente "*Linee interpretative in materia di incentivo, ai sensi dell'art. 12, L.R. 7 agosto 2007, n. 5*": "L'articolo 12 - in materia di incentivi per la progettazione dei lavori - non è stato né impugnato, né censurato e, pertanto, continua a trovare applicazione, senza alcuna limitazione, nell'ambito territoriale della Regione Sardegna. Tale posizione risulta, in ultimo, avvalorata dalle conclusioni cui è pervenuta la Corte dei Conti - Sezione di controllo per la Regione Sardegna - che, nella Deliberazione n. 4/2009/PAR adottata il 15 gennaio scorso, ha ammesso la possibilità, nell'ambito del territorio regionale, di mantenere inalterata la maggiore percentuale di incentivo prevista dalla L.R. n. 5/2007. Secondo la Corte dei Conti il Legislatore regionale ha esercitato una propria prerogativa disciplinando la materia degli appalti pubblici.

Resta, infine, inteso che il presente atto di indirizzo interpretativo e applicativo è finalizzato a supportare le stazioni appaltanti nelle more della predisposizione di un organico disegno di legge di modifica e adeguamento della Legge regionale 5/2007.