



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

Corso Unione Sovietica, 218/bis 10134 TORINO
tel. 011-6706123 - fax 011-6706122
e-mail: racca@econ.unito.it

Torino, 13 agosto 2007

Ill.mo Assessore della Regione Piemonte

allo Sviluppo della Montagna e foreste

Bruna Sibille

C.so Stati Uniti, 21 – 10128 Torino

Oggetto: Analisi delle disposizioni del disegno di legge regionale n. 436 presentato il 19 aprile 2007, *Legge generale in materia di lavori pubblici*. Parere.

Sommario: 1. *Il quesito posto.* – 2. *La competenza normativa regionale in materia di contratti pubblici di lavori.* – 3. *I limiti alla disciplina regionale dei contratti di appalto pubblico di lavori.* – 4. *La delimitazione soggettiva del d.d.l. regionale sui lavori pubblici e l'autonomia delle singole amministrazioni aggiudicatrici.* – 5. *L'affidamento degli incarichi di progettazione.* – 6. *L'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse.* – 7. *Le ipotesi di procedura negoziata per i contratti di importo inferiore alla c.d. soglia comunitaria.* – 8. *I lavori in economia.* – 9. *Il subappalto.* – 10. *Conclusioni.*

1. Il quesito posto.

Il quesito posto ha ad oggetto l'esame di talune delle disposizioni del disegno di legge regionale n. 436 presentato il 19 aprile 2007, *Legge generale in materia di lavori pubblici* con riferimento al rispetto dei limiti all'autonomia normativa riconosciuta alla Regione in materia di contratti pubblici di lavori posti



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

dalla disciplina statale di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, e all'emanando regolamento governativo di esecuzione ed attuazione del predetto Codice dei contratti pubblici.

Occorre definire l'ambito di autonomia normativa della Regione rispetto alle materie riservate alla potestà normativa statale (art. 117, co. 2°, Cost.), alla disciplina europea (art. 117, co. 1°, Cost.) e all'autonomia degli enti territoriali subregionali (art. 114, co. 2°, e 117, co. 6°, Cost.) e valutare la legittimità delle scelte normative regionali con particolare riferimento alla disciplina degli incarichi di progettazione di lavori, della valutazione delle offerte anormalmente basse, delle ipotesi in cui è ammessa la procedura negoziata o trattativa privata, del subappalto e dei lavori acquisibili in economia.

2. La competenza normativa regionale in materia di contratti pubblici di lavori.

La disciplina giuridica nazionale relativa alle modalità di realizzazione di lavori richiesti da un'amministrazione pubblica è contenuta nel *Codice dei contratti pubblici* (d.lgs. n. 163/2006) che recepisce le direttive europee in materia di appalti pubblici di lavori (direttiva CE 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE, *relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi* e direttiva CE 31 marzo 2004, n. 2004/17/CE *che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali*) e nel regolamento attuativo del *Codice dei contratti pubblici* (d.lgs. n. 163/2006, art. 5) che è in fase di approvazione ed è attualmente disponibile in bozza.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

Come noto, la disciplina contenuta nelle direttive comunitarie è applicabile esclusivamente ai contratti stipulati da un'amministrazione aggiudicatrice e di importo superiore ad un determinato valore (c.d. soglia comunitaria) definito, per i contratti aventi ad oggetto lavori, dal d.lgs. n. 163/2006, art. 28, co. 1°, lett. c in € 5.278.000. Le modalità di realizzazione di lavori di importo inferiore alla predetta soglia comunitaria sono ugualmente disciplinate dal d.lgs. n. 163/2006, art. 121 e s. nel rispetto dei principî europei ma non in recepimento di direttive comunitarie.

L'art. 117, co. 5°, Cost., attribuisce alle Regioni, nelle materie di loro competenza, il compito di provvedere all'attuazione e all'esecuzione degli atti dell'Unione europea. La competenza legislativa regionale per il recepimento delle fonti del diritto europeo segue pertanto il riparto di competenza legislativa tra Stato e regioni delineato dall'art. 117, co. 2°-5°, Cost.: il recepimento della normativa europea nelle materie devolute alla competenza legislativa regionale esclusiva avviene pertanto con leggi o regolamenti regionali (art. 117, co. 4°, Cost.); nelle materie di competenza legislativa concorrente la Regione detterà la normativa di dettaglio in conformità ai «principî fondamentali» disciplinati dal legislatore statale (art. 117, co. 3°, Cost.); nelle materie di competenza legislativa statale esclusiva (art. 117, co. 2°, Cost.), non vi è spazio per le fonti regionali, salva delega del potere regolamentare alle regioni da parte dello Stato *ex art.* 117, co. 6°, Cost. che pare però esclusa nella materia che qui interessa (d.lgs. n. 163/2006, art. 5).

Le materie “contratti pubblici” e “lavori pubblici” non sono espressamente previste dall'art. 117, Cost. che riserva in via esclusiva allo Stato talune «materie trasversali» o «valori costituzionali» – secondo la terminologia della Corte costituzionale – quali la «tutela della concorrenza», l'«ordinamento



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

civile», la «giustizia amministrativa», la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni» concernenti diritti civili e sociali e la «tutela dell'ambiente e dei beni culturali» (art. 117, co. 2°, lett. *e, l, m, s*, Cost.: Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282; Id., 26 luglio 2002, n. 407; Id., 7 ottobre 2003, n. 307; Id., 27 luglio 2004, n. 272; Id., 28 luglio 2004, n. 282; Id., 15 novembre 2004, n. 345; Id., 21 aprile 2005, n. 162; 1 febbraio 2006, n. 29) che possono interessare, pur sotto diversi profili, la disciplina delle modalità di realizzazione dei lavori pubblici oggetto del d.d.l. regionale in esame.

Sono invece devolute alla competenza legislativa concorrente materie quali il «governo del territorio; porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto e navigazione; ordinamento della comunicazione; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia» (art. 117, co. 3°, Cost.).

I contratti pubblici non sono delimitati come autonoma materia ai sensi dell'art. 117 Cost. ma sono invece oggetto di una disciplina trasversale che «rientra, nei suoi molteplici aspetti, in altre materie elencate nel nuovo art. 117 Cost. ed attribuite alla legislazione esclusiva dello Stato o alla legislazione concorrente Stato – Regioni» (Cons. Stato, sez. atti norm., 6 febbraio 2006, n. 355 parere sullo schema di decreto legislativo recante il Codice dei contratti pubblici).

Si è ritenuto che nemmeno i «lavori pubblici» integrino «una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono» (forse da intendersi come dimensione territoriale dell'interesse che l'opera mira a soddisfare), potendo «essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti» (Corte Cost., 1 ottobre 2003, n. 303; Id., 13 gennaio 2004, n. 9; Id., 26 gennaio 2004, n. 36).



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

Secondo il *Codice dei contratti pubblici* spetta allo Stato in via esclusiva (con corrispondente «divieto» per le regioni di modificare) la disciplina attinente «alla qualificazione e selezione dei concorrenti; alle procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa; ai criteri di aggiudicazione; al subappalto; ai poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; alle attività di progettazione e ai piani di sicurezza; alla stipulazione e all'esecuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell'esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative; al contenzioso» (d.lgs. n. 163/2006, art. 4, co. 3°).

Le regioni possono invece adottare una disciplina di dettaglio «in tema di programmazione di lavori pubblici, approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi, organizzazione amministrativa, compiti e requisiti del responsabile del procedimento, sicurezza del lavoro» (d.lgs. n. 163/2006, art. 4, co. 2°).

La disposizione citata esprime un tentativo di esemplificare gli istituti giuridici disciplinati dal *Codice dei contratti pubblici* che sono oggetto di «materie» costituzionalmente riservate alla potestà normativa esclusiva dello Stato, quali la «tutela della concorrenza» (ad es. la qualificazione e selezione dei concorrenti, le procedure di affidamento, i criteri di aggiudicazione, taluni profili del subappalto), l'«ordinamento civile» (ad es. taluni aspetti dell'esecuzione del contratto e del subappalto), la «giustizia amministrativa» (il contenzioso), la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni» concernenti diritti civili o sociali (ad es. «i piani di sicurezza» mentre la «sicurezza del lavoro» può essere oggetto di disciplina regionale di dettaglio *ex* d.lgs. n. 163/2006, art. 4, co. 2°), la



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

«tutela dell'ambiente e dei beni culturali» (i contratti relativi alla tutela dei beni culturali).

Tale esemplificazione non esime tuttavia dal verificare l'effettiva pertinenza del richiamo del legislatore statale alla propria competenza normativa esclusiva (d.lgs. n. 163/2006, art. 4, co. 3°) in relazione a quanto previsto dall'art. 117, co. 2°, Cost.

Se infatti la «qualificazione e selezione dei concorrenti», il «contenzioso» e i «contratti relativi alla tutela dei beni culturali» trovano corrispondenza in «materie» riservate esclusivamente al legislatore statale (rispettivamente la «tutela della concorrenza», la «giustizia amministrativa» e la «tutela dell'ambiente e dei beni culturali» di cui all'art. 117, co. 2°, lett. *e, l, s*, Cost.), le «procedure di affidamento» e i «criteri di aggiudicazione» non comportano necessariamente il coinvolgimento di profili attinenti alla «tutela della concorrenza» (art. 117, co. 2°, lett. *e*, Cost.) né attengono all'«ordinamento civile» (art. 117, co. 2°, lett. *l*, Cost.) atteso che la procedura di scelta del contraente è disciplinata dal diritto amministrativo ed è soggetta alla disciplina generale sul procedimento amministrativo (d.lgs. n. 163/2006, art. 2, co. 3°), mentre appaiono sicuramente soggetti all'efficacia conformativa dei principi di imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.) senza necessità di invocare le disposizioni costituzionali che definiscono il riparto di competenze normative tra Stato e Regioni.

Le disposizioni relative al «subappalto» (su cui più diffusamente *infra* § 9), alle «attività di progettazione» e alla «stipulazione e all'esecuzione dei contratti» non hanno contenuto omogeneo poiché disciplinano in parte i rapporti giuridici tra privati («ordinamento civile»), in parte il procedimento



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

amministrativo di scelta del contraente (per cui valgono le considerazioni esposte: ad es. d.lgs. n. 163/2006, art. 91 e s. con riferimento all'affidamento degli incarichi di progettazione) ed in parte attengono al «governo del territorio» (d.lgs. n. 163/2006, art. 98 sull'incidenza della progettazione sugli strumenti urbanistici) che è materia di competenza concorrente *ex art.* 117, co. 3° Cost.

È altresì dubbia la possibilità di considerare i «piani di sicurezza» come oggetto di competenza normativa statale esclusiva con riferimento all'«ordinamento civile» poiché la «sicurezza del lavoro» che è il principale contenuto della disciplina relativa ai piani di sicurezza è attribuita alla competenza concorrente (art. 117, co. 3°, Cost. e d.lgs. n. 163/2006, art. 4, co. 2°).

L'art. 4 del *Codice dei contratti pubblici* può essere dunque considerata come norma interpretativa del riparto di competenza legislativa di cui all'art. 117 Cost. posta dal legislatore statale che non pare poter vincolare le regioni, le quali possono legiferare in contrasto con la disposizione in questione, purchè nel rispetto del dettato costituzionale, la cui interpretazione definitiva spetta alla Corte Costituzionale e non al legislatore statale.

La disposizione statale (d.lgs. n. 163/2006, art. 4, co. 3°) è una fonte normativa primaria che non pare idonea a delimitare la potestà normativa regionale definita direttamente dalla Costituzione né può vincolare la Corte Costituzionale che sia eventualmente chiamata a verificare la conformità di una legge regionale – come potrà essere il d.d.l. in esame – all'art. 117 Cost. e non a quanto stabilito dal d.lgs. n. 163/2006, art. 4, co. 3°.

La disciplina statale contenuta nel *Codice dei contratti pubblici* pare inderogabile limitatamente agli istituti di «tutela della concorrenza» o attinenti



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

all'«ordinamento civile», alla «giustizia amministrativa» (di competenza esclusiva statale *ex art. 117, co. 2°, lett. e, l, Cost.*), con possibilità di differenziazione della normativa di dettaglio regionale per i profili non concernenti le indicate «materie» (cfr. Corte Cost. 1 ottobre 2003, n. 302 ma già 26 giugno 2001, n. 207 sui sistemi di qualificazione delle imprese offerenti) e con possibilità per ciascuna regione di adottare un proprio capitolato generale in materia di lavori pubblici, in sostituzione di quello statale adottato con d.m. 19 aprile 2000, n. 145 (cfr. art. 16, co. 1°, d.d.l. regione Piemonte n. 436). Per i profili attinenti alle materie di competenza esclusiva statale può affermarsi la cogenza nei confronti di regioni ed enti locali non solo del vigente regolamento attuativo delle disposizioni legislative sugli appalti pubblici di lavori di cui al d.P.R. 554 del 1999 (e dell'emanando regolamento attuativo del d.lgs. n. 163/2006) ma anche del capitolato generale sui lavori pubblici (d.m. n. 145/2000).

Talvolta la giurisprudenza costituzionale avente ad oggetto l'attribuzione della competenza legislativa nelle materie c.d. trasversali ha affermato che la competenza esclusiva statale debba limitarsi a definire gli standards minimi o i livelli essenziali di tutela della concorrenza, con possibilità per le regioni di adottare una normativa di dettaglio più garantista, non risolvendo però la questione del riparto della competenza normativa ove sia necessario comporre e bilanciare tra loro valori egualmente costituzionali (tra cui soprattutto la libertà d'iniziativa economica privata *ex art. 41 Cost.*) in reciproco contrasto (Corte cost. 13 gennaio 2004, n. 14, Id. 27 luglio 2004, n. 272, Id. 15 novembre 2004, n. 431 richiamano a tal fine i criteri di proporzionalità e adeguatezza dell'intervento legislativo statale; cfr. anche Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 51).



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

Ad avviso del Consiglio di Stato «la tutela della concorrenza si intreccia con il valore unificante della disciplina comunitaria, che mira anche a garantire agli operatori economici analoghe modalità, trasparenti e non discriminatorie, di aggiudicazione degli appalti» con la conseguenza che «gli obiettivi posti dalle direttive comunitarie, pur non incidendo sulle modalità di ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni, possono di fatto richiedere una particolare articolazione del rapporto “norme di principio - norme di dettaglio”, nel senso di un più incisivo intervento del legislatore statale. In concreto, tali considerazioni inducono a ritenere che non sia possibile l’esercizio decentrato di potestà normative con riferimento ai seguenti ambiti appartenenti a quello che si è definito il nucleo essenziale del Codice: la qualificazione e selezione dei concorrenti, i criteri di aggiudicazione, il subappalto e la vigilanza sul mercato degli appalti affidata ad una autorità indipendente» (Cons. Stato, sez. atti norm., 6 febbraio 2006, n. 355; cfr. Corte cost. 2005, n. 336).

Il riparto di competenza normativa tra Stato e Regioni si configura unitariamente sia per la disciplina sugli appalti pubblici di rilievo comunitario (c.d. sopra soglia, poiché disciplinata dalle direttive CE e dalle norme nazionali di recepimento) che per quella, esclusivamente nazionale, sugli appalti pubblici di valore economico inferiore alla c.d. soglia comunitaria (d.lgs. n. 163/2006, art. 3, co. 16°-17°), poiché si riferiscono ad un riparto di competenze interno all’ordinamento nazionale le cui fonti, siano esse regionali o statali, sono tenute al rispetto «dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario» (art. 117, co. 1°, Cost.).



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

3. I limiti alla disciplina regionale dei contratti di appalto pubblico di lavori.

Il d.d.l. regione Piemonte n. 436 non si limita a disciplinare le materie indicate dal d.lgs. 163/2006, art. 4, co. 2° («programmazione di lavori pubblici, approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi, organizzazione amministrativa, compiti e requisiti del responsabile del procedimento, sicurezza del lavoro») ma si occupa altresì dei procedimenti di selezione del contraente, in parte rinviando al *Codice dei contratti pubblici* (d.lgs. n. 163/2006) ed in parte riprendendo talune disposizioni in esso contenute.

La potestà normativa regionale in materia di disciplina dei procedimenti di scelta del contraente incontra un triplice ordine di limiti: a) i principi europei espressi dal Trattato CE (art. 117, co. 1° Cost.); b) la relativa disciplina di dettaglio contenuta nelle direttive CE n. 2004/18 e n. 2004/17 (art. 117, co. 1° Cost.); c) le disposizioni statali di cui al d.lgs. n. 163/2006 poste a «tutela della concorrenza», che individuano i livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali, che concorrono a definire l'«ordinamento civile», relative alla «giustizia amministrativa» e alla «tutela dell'ambiente e dei beni culturali» che divengono parametro di validità della disciplina regionale per effetto del riparto di potestà normativa sancito dall'art. 117, co. 2°, lett. *e, l, m, s* Cost.

L'esigenza di verificare la compatibilità delle scelte legislative regionali contenute nel d.d.l. regionale n. 436 con la disciplina statale definita dal *Codice dei contratti pubblici* (d.lgs. n. 163/2006) e dall'emanando regolamento governativo di esecuzione ed attuazione del *Codice dei contratti pubblici* (d.lgs. n. 163/2006, art. 5) emerge tanto con riferimento alle disposizioni di recepimento delle direttive CE n. 2004/18 e n. 2004/17 quanto alle disposizioni applicabili ai



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

contratti di importo inferiore alla c.d. soglia di rilievo comunitario che sono specificazione dei principi statali ed europei in materia di contratti pubblici, espressi dal d.lgs. 163/2006, art. 2 («l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice») o direttamente sanciti dal Trattato CE.

Per la disciplina regionale dei lavori pubblici di importo superiore alla c.d. soglia comunitaria valgono i limiti *sub a), b) e c)*, mentre le disposizioni regionali aventi ad oggetto al realizzazione di lavori pubblici di importo inferiore alla c.d. soglia comunitaria incontrano i limiti *sub a) e c)* (cfr. sul punto la Comunicazione interpretativa della Commissione CE *relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici»*, in *GUCE* 1 agosto 2006, C 179/02).

La riproduzione nel d.d.l. regione Piemonte n. 436 in esame, di disposizioni del *Codice dei contratti pubblici* (d.lgs. n. 163/2006) adottate in recepimento di norme direttamente applicabili (*self executing*) delle direttive CE n. 2004/18 e n. 2004/17 o che siano codificazione della giurisprudenza interpretativa della Corte di giustizia CE in materia – idonee ad escludere ogni margine di soluzione normativa regionale alternativa – appare scelta da evitare in ragione della possibilità che la normativa europea e nazionale di riferimento sia modificata con conseguente invalidità – per illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost. o per contrasto con il diritto europeo e conseguente



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

obbligo di disapplicazione – della normativa regionale nelle more di adeguamento alla sopravvenuta nuova disciplina statale ed europea.

A tal fine potrebbero essere introdotte disposizioni di rinvio alla disciplina statale (e ove necessario a quella europea) che consentono un adeguamento automatico della legge regionale alle modificazioni normative europee e nazionali sopravvenute.

4. La delimitazione soggettiva del d.d.l. regionale sui lavori pubblici e l'autonomia delle singole amministrazioni aggiudicatrici.

Il d.d.l. regione Piemonte n. 436 in esame si applica *«alla Regione, agli enti locali ed alle loro forme associative, alle aziende sanitarie regionali, agli enti pubblici compresi quelli economici, agli organismi di diritto pubblico e alle loro associazioni e consorzi, che operano sul territorio della Regione, esclusi quelli statali»* (art. 2, co. 3°).

Le amministrazioni aggiudicatrici tenute all'osservanza della disciplina giuridica regionale sugli appalti pubblici di lavori possono suddividersi secondo la seguente tripartizione: i) la regione; ii) gli enti locali presenti sul territorio regionale e le relative forme associative; iii) taluni enti pubblici *«operanti sul territorio della Regione»* (aziende sanitarie regionali, enti pubblici compresi quelli economici, organismi di diritto pubblico e loro associazioni e consorzi).

Le scelte normative regionali definite nel d.d.l. regione Piemonte n. 436 incidono sull'autonomia – anche contrattuale – degli indicati soggetti che sono tenuti a darvi applicazione.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

Tali scelte normative si pongono come esercizio di autonomia normativa per la Regione Piemonte (*sub i*) la cui autonomia contrattuale riferita alla singola procedura di scelta del contraente risulta corrispondentemente limitata dalle soluzioni già individuate in sede normativa legislativa e regolamentare. Le scelte non compiute direttamente dalla legislazione regionale aprono infatti spazi per soluzioni gestionali adeguate al singolo procedimento di scelta del contraente.

Ove siano osservati gli indicati limiti alla potestà normativa regionale in materia (*supra* § 3), la Regione Piemonte può legittimamente esercitare la propria autonomia definendo le relative disposizioni regionali vincolanti per tutti i rapporti contrattuali, rinviando invece quelle scelte che si ritiene più opportuno compiere con riferimento al singolo rapporto contrattuale. L'individuazione di quali soluzioni definire in via generale e astratta con norma – legislativa o regolamentare – e quali scelte demandare invece agli organi di gestione amministrativa con efficacia limitata al singolo rapporto contrattuale è oggetto di valutazione spettante agli organi di governo regionali da effettuare in conformità ai principi di imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.).

Tali scelte di autonomia operate dalla Regione Piemonte valgono anche per gli enti pubblici «operanti sul territorio della Regione» (*sub iii*: l'art. 2, co. 3°, d.d.l. Regione Piemonte n. 436 esclude infatti gli enti pubblici e gli organismi di diritto pubblico «statali», ma include le aziende sanitarie regionali la cui autonomia è definita dal d.lgs. n. 502/1992, art. 3) tra i quali non sono espressamente indicati gli enti *in house*, la cui qualificazione giuridica come categoria ulteriore – rispetto a quelle definite normativamente – di amministrazione aggiudicatrice è affermata dalla giurisprudenza europea (Corte di Giustizia CE, 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal* e da ultime Id., 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*; Id., 22 luglio 2005, causa C-231/03,



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

Coname; Id., 15 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*; Conclusioni Avv. gen. J. Kokott, 1 marzo 2005, causa C-458/03), dalla legislazione statale sugli appalti pubblici (d.lgs. n. 163/2006, art. 32, co. 1°, lett. c) e non pare disponibile al legislatore regionale.

Il d.d.l. Piemonte n. 436 include infine tra le amministrazioni aggiudicatrici tenute all'osservanza della disciplina giuridica regionale in esame gli «enti locali e loro forme associative» (sub ii).

Ove il riferimento sia inteso esclusivamente agli *enti locali* (d.lgs. n. 267/2000, art. 2) – tra cui talune forme associative di enti territoriali e locali quali ad es. le unioni di comuni *ex* d.lgs. n. 267/2000, art. 32) – la cui autonomia non ha fondamento costituzionale né è riservata alla potestà normativa esclusiva del legislatore statale (che è infatti limitata agli «organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane» *ex* art. 117, co. 2°, lett. p, Cost.) ma è bensì definita dalla legge regionale, la disciplina giuridica regionale sui lavori pubblici si porrebbe a completamento della normativa regionale relativa all'organizzazione dell'*ente locale* (cfr. Corte cost. 23 dicembre 2005, n. 456, Id., 24 giugno 2005, n. 244 e Id., 1 dicembre 2006, n. 397 con riferimento alle comunità montane).

Qualora invece si ritengano inclusi tra gli «enti locali e loro forme associative» di cui all'art. 2, co. 3°, d.d.l. Regione Piemonte n. 436 altresì gli *enti territoriali* infraregionali – tassativamente indicati dalla Costituzione (comuni, città metropolitane e province: art. 114 Cost.) – occorre rilevare che l'autonomia di questi trova riconoscimento e tutela costituzionali (art. 114 e 117, co. 6° Cost.) e pare pertanto idonea a costituire un limite – ulteriore a quelli già indicati (*supra* § 3) – alla relativa potestà normativa regionale.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

La normativa regionale in materia di lavori pubblici non può violare l'ambito di autonomia normativa costituzionalmente riconosciuta (art. 114 e 117, co. 6° Cost.) agli enti territoriali presenti sul territorio regionale che possono adottare regolamenti che ne disciplinano l'attività contrattuale (dalle modalità di scelta del contraente alla stipulazione ed esecuzione dei contratti), in conformità al diritto europeo e alla disciplina nazionale, statale o regionale.

Una normativa regionale di eccessivo dettaglio nelle parti in cui la disciplina statale ed europea consente invece scelte alternative adeguate al caso concreto potrebbe essere costituzionalmente illegittima per violazione degli art. 114, co. 2° e 117, co. 6° Cost.

Per gli *enti territoriali* la disciplina regionale di dettaglio in materia di lavori pubblici che si ponesse in contrasto con gli art. 114, co. 2° e 117, co. 6° Cost. potrebbe pertanto essere interpretata come «linea guida» non vincolante o come normativa «cedevole» operante fintantoché l'ente territoriale non abbia esercitato la propria potestà normativa secondaria per adeguarsi alla sopravvenuta disciplina europea e statale relativa ai contratti di appalto pubblico.

5. L'affidamento degli incarichi di progettazione.

L'art. 7, co. 3°, d.d.l. regione Piemonte n. 436 dispone che l'affidamento di incarichi di progettazione di lavori di importo pari o superiore a € 100.000 a soggetti esterni è effettuato secondo le procedure di cui al d.lgs. n. 163/2006. L'art. 7, co. 4°, d.d.l. regione Piemonte n. 436 stabilisce invece che gli incarichi di progettazione di importo inferiore a 100.000 euro, *«possono essere affidati a soggetti esterni con procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando*



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

di gara, con invito rivolto ad almeno cinque concorrenti se sussistono in tale numero aspiranti idonei. Le amministrazioni aggiudicatrici, nel rispetto dei principi di proporzionalità, trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento, possono disciplinare l'affidamento in economia per le prestazioni di importo inferiore a 20.000 euro in relazione alle proprie specifiche esigenze ed attività».

La citata disposizione regionale riprende quanto stabilito dal d.lgs. n. 163/2006, art. 91 che prevede una disciplina speciale sull'affidamento degli incarichi di progettazione di lavori pubblici di importo inferiore alla c.d. soglia comunitaria.

Gli incarichi di progettazione di lavori, quali prestazioni di servizi (di cui all'allegato IIA, categoria n. 12, d.lgs. n. 163/2006) possibile oggetto di un appalto pubblico di servizi, sono aggiudicati secondo le procedure previste dalle direttive CE n. 2004/18 e n. 2004/17 e dalla disciplina nazionale di recepimento contenuta nel *Codice dei contratti pubblici* se di importo pari o superiore alla c.d. soglia comunitaria di cui al d.lgs. n. 163/2006, art. 28 (che per i servizi è attualmente € 211.000) ovvero secondo le procedure previste per gli appalti di valore inferiore alla c.d. soglia comunitaria (d.lgs. n. 163/2006, art. 121 e 124 che rinviano alla disciplina giuridica prevista per gli appalti di servizi di importo superiore alla predetta soglia con talune semplificazioni procedurali – forme di pubblicità, requisiti di partecipazione, termini minimi per lo svolgimento delle procedure – in considerazione della più ristretta collocazione geografica dei potenziali aspiranti interessati ad un appalto di minore valore; cfr. T.a.r. Veneto,



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

sez. I, 16 marzo 2007, n. 797) se di importo compreso tra € 211.000 e € 100.000 (d.lgs. n. 163/2006, art. 91, co. 1°).

L'affidamento degli incarichi di progettazione di valore inferiore a € 100.000 avviene «nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza» previa procedura negoziata (trattativa privata) senza pubblicazione del bando di gara con invito ad almeno cinque operatori economici (d.lgs. n. 163/2006, art. 91, co. 2°, che è norma speciale rispetto al d.lgs. n. 163/2006, art. 57, co. 6° che richiede l'invito ad almeno tre operatori per la procedura negoziata senza pubblicazione di bando).

L'art. 7, co. 4°, primo periodo, d.d.l. regione Piemonte n. 436 riproduce il contenuto della disposizione statale, omettendo soltanto il riferimento ai principi citati, con soluzione che non consente un adattamento automatico ad eventuali futuri emendamenti della normativa statale.

L'attuale art. 7, co. 4°, primo periodo, d.d.l. regione Piemonte n. 436 appare conforme alla disciplina giuridica nazionale ed europea, a differenza della precedente formulazione – successivamente modificata – dell'art. 7, co. 3°, lett. *b* d.d.l. regionale in oggetto che per gli affidamenti di incarichi di progettazione di lavori pubblici di valore compreso tra € 211.000 e € 100.000 consentiva sempre «*l'esperimento di una procedura negoziata preceduta dalla pubblicazione di un bando*» in evidente violazione dei presupposti tassativi giustificanti la procedura negoziata (d.lgs. n. 163/2006, art. 56-57; v. anche *infra* § 7).

L'art. 7, co. 4°, secondo periodo, d.d.l. regione Piemonte n. 436 nella parte in cui consente l'acquisizione in economia delle prestazioni di progettazione



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

di lavori di importo inferiore a € 20.000 pare invece disposizione superflua o, ove intesa come limitazione dell'autonomia degli enti territoriali tenuti all'osservanza della legislazione regionale, di dubbia legittimità costituzionale (*supra* § 4).

L'acquisizione in economia di prestazioni di servizi – tra cui quelle aventi ad oggetto la progettazione di lavori – di importo inferiore alla c.d. soglia europea è ammessa dal d.lgs. n. 163/2006, art. 125, senza necessità di apposita previsione regionale in tal senso (v. anche *infra* § 7). Il d.lgs. n. 163/2006, art. 125 consente inoltre l'affidamento diretto, senza necessità di comparare una pluralità di preventivi, delle prestazioni di servizi di importo non superiore a € 20.000.

Non si comprende l'utilità della disposizione regionale che, demandando peraltro la scelta all'autonomia normativa (regolamentare) delle amministrazioni aggiudicatrici, non può sottrarre all'autonomia degli enti territoriali (art. 117, co. 6°, Cost.) la possibilità di acquisire in economia gli incarichi di progettazione di lavori di importo superiore a € 20.000 e, d'altra parte, nemmeno consente l'affidamento diretto, senza pluralità di preventivi, degli incarichi di progettazione di importo inferiore a € 20.000, entrambe scelte contrattuali consentite dal d.lgs. n. 163/2006, art. 125.

La disciplina statale ha infatti ad oggetto le «funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane» nonché la «tutela della concorrenza» (art. 117, co. 2°, lett. *p* ed *e*, Cost.) ma deve rispettare e garantire l'autonomia organizzativa e normativa degli enti territoriali «in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite» (art. 117, co. 6°, Cost.). La disciplina statale in materia di contratti pubblici vincola gli enti territoriali limitatamente agli aspetti essenziali (art. 117, co. 2°, lett. *e*, *m*, *p*,



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

Cost.) che gli enti territoriali possono integrare, esercitando l'autonomia riconosciuta loro espressamente dalla Costituzione (art. 117, co. 6°, Cost.; Corte Cost., 27 gennaio 2005, n. 35; Id., 29 gennaio 2005, n. 64; Id., 17 dicembre 2004, n. 390; Id., 15 novembre 2004, n. 345; Id., 29 dicembre 2004, n. 425; Id., 22 luglio 2004, n. 260; Id., 16 gennaio 2004, n. 16; Id., 16 gennaio 2004, n. 17; Id., 13 gennaio 2004, n. 4; Id., 15 dicembre 2004, n. 388; Id., 30 dicembre 2003, n. 376; Id., 21 ottobre 2003, n. 314).

La disposizione di cui all'art. 7, co. 4°, secondo periodo, d.d.l. regione Piemonte n. 436, ove espressamente intesa come limite all'autonomia (costituzionalmente protetta art. 114 e 117, co. 6°, Cost.; *supra* § 4) degli enti territoriali compresi nella delimitazione soggettiva del d.d.l. in commento (art. 2, co. 3°, d.d.l. regione Piemonte n. 436) pare di dubbia legittimità costituzionale.

Le conclusioni non mutano se il contenuto dell'intervento normativo regionale sia finalizzato ad una più ampia tutela della concorrenza, ad esempio riducendo, come nel caso in esame, l'ammissibilità delle procedure di acquisizione di servizi in economia (quale alternativa all'appalto pubblico caratterizzata da un'attenuazione degli obblighi di pubblicità: v. *infra* § 8).

6. L'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse.

Secondo l'art. 14, co. 1°, d.d.l. regione Piemonte n. 436 *«nel caso di aggiudicazione di appalti con il criterio del prezzo più basso, i soggetti attuatori hanno l'obbligo di verificare le offerte anomale per i lavori di importo pari o superiore a € 2.500.000»*, mentre *«nel caso di aggiudicazione con il criterio del*



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

prezzo più basso, i soggetti attuatori possono procedere all'esclusione automatica dalla gara delle offerte considerate anomale ai sensi del comma 2 per i lavori di importo inferiore a € 2.500.000» (art. 14, co. 3°, d.d.l. regione Piemonte n. 436).

Le citate disposizioni regionali specificano quanto previsto dal d.lgs. n. 163/2006, art. 122, co. 9°, secondo cui, nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori di importo inferiore alla c.d. soglia comunitaria «quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art. 86; in tal caso non si applica l'art. 86, co. 5°. Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a cinque».

L'individuazione, con norma di legge regionale, di un limite di importo (€ 2.500.000), pur inferiore alla soglia di rilievo comunitario (€ 5.278.000 *ex d.lgs. n. 163/2006, art. 28, co. 1°, lett. c)*, oltre il quale non è possibile procedere all'esclusione automatica – ovvero senza verifica in contraddittorio secondo il procedimento di cui al d.lgs. n. 163/2006, art. 86-89 – delle offerte anormalmente basse costituisce una limitazione alla medesima possibilità offerta dal d.lgs. n. 163/2006, art. 122, co. 9° sino al valore di € 5.278.000 (cfr. già T.a.r. Piemonte, sez. II, 11 ottobre 2004, n. 2190; Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 28 settembre 1998, n. 520; T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. I, 16 gennaio 1998, n. 5).

La disposizione regionale costituisce un vincolo per l'autonomia – anche contrattuale (cioè espressa per il singolo procedimento di scelta del contraente) –



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

delle amministrazioni aggiudicatrici soggette alla legge regionale in esame (art. 2, co. 3°, d.d.l. regione Piemonte n. 436: v. *supra* § 4, *sub* i e iii) che può essere giustificato in applicazione del principio di buon andamento (art. 97 Cost.) ma che, con riferimento agli enti territoriali subregionali, potrebbe prestarsi ai rilievi di incostituzionalità esposti in precedenza (*supra* § 4).

Occorre tuttavia osservare che la disposizione statale (d.lgs. n. 163/2006, art. 122, co. 9°) è stato oggetto di critica da parte del Consiglio di Stato in sede di parere sul d.d.l. poi divenuto d.lgs. n. 163/2006: «la scelta di mantenere l'esclusione automatica in esito alle operazioni di individuazione della soglia di anomalia è stata ritenuta non rispondente alla tendenza conformativa del diritto comunitario, che propende nettamente per il mantenimento di un dialogo con le imprese concorrenti così da consentire giustificazioni a corredo dell'offerta anomala» (Cons. Stato, sez. cons. atti normativi, parere 6 febbraio 2006, n. 355; cfr. anche la Comunicazione interpretativa della Commissione CE *relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici»*, in *GUCE* 1 agosto 2006, C 179/02).

L'esclusione automatica delle offerte anomale è una semplificazione procedimentale giustificata per contratti di importo ridotto (Corte cost. 5 marzo 1998, n. 40, e Id., 9 luglio 1998, n. 258, giustificano la differente disciplina in ragione della «diversa complessità delle verifiche e [del] differente valore» dell'appalto; v. Cons. Stato, sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5013 e Id., sez. V, 11 luglio 2001, n. 3861) che si pone però in contrasto con il fine della disciplina giuridica delle procedure di scelta del contraente da parte di un'amministrazione pubblica di realizzare l'integrazione economica tra gli Stati membri ed attuare i principi e le libertà economiche contenuti nel Trattato CE, indicando nella tutela del



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

mercato e della concorrenza uno dei mezzi per assicurare le condizioni di sviluppo delle imprese più efficienti, a garanzia di un corretto impiego delle risorse finanziarie pubbliche e di uno sviluppo economico che permetta di migliorare la qualità della vita dei cittadini dell'Unione.

L'esclusione automatica delle offerte c.d. anomale introduce un elemento di casualità nell'aggiudicazione poiché comporta la rinuncia all'offerta più conveniente e la scelta di quella che si avvicina maggiormente alla c.d. soglia di anomalia che in tal senso rappresenta un valore medio considerato equo. La verifica in contraddittorio delle offerte c.d. anomale consente di eliminare tale aspetto di casualità e di ridurre le conseguenze – altrimenti «automatiche» – delle eventuali offerte presentate al solo scopo di manipolare la determinazione della c.d. soglia di anomalia ma richiede la presenza di adeguate professionalità da parte dell'amministrazione appaltante chiamata a valutare le giustificazioni addotte dalle imprese offerenti.

L'esclusione automatica delle offerte migliori (di cui si sospetta però l'affidabilità in ragione dell'eccessiva convenienza) non consente infatti alle imprese più efficienti di giustificare il ribasso offerto ed elide l'effetto selettivo della concorrenza volto a migliorare le condizioni produttive del mercato premiando gli operatori economici migliori.

Appare invece utile non predeterminare in sede legislativa bensì riservare all'autonomia delle amministrazioni aggiudicatrici la scelta se prevedere o meno per il singolo procedimento di individuazione del contraente l'esclusione automatica dalla gara delle offerte considerate anomale per i lavori di importo inferiore a € 2.500.000 (art. 14, co. 3°, d.d.l. regione Piemonte n. 436).



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

La precedente formulazione dell'art. 15, co. 3° d.d.l. regione Piemonte in esame («*i soggetti attuatori procedono all'esclusione automatica dalla gara delle offerte considerate anomale ai sensi del comma 2 per i lavori di importo inferiore a 2 milioni 500 mila euro*») poteva assumere un significato non univoco, poiché l'uso del presente («*procedono*») poteva essere interpretato come obbligo di esclusione delle offerte anormalmente basse nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori di importo inferiore a € 2.500.000, comprimendo ingiustificatamente l'autonomia degli enti territoriali sul punto.

7. Le ipotesi di procedura negoziata per i contratti di importo inferiore alla c.d. soglia comunitaria.

Nella versione definitiva dell'attuale d.d.l. regione Piemonte n. 436 è stata eliminata la disposizione che individuava le ipotesi tassative in cui è consentita la procedura negoziata (trattativa privata) per gli appalti pubblici di lavori di importo inferiore alla c.d. soglia comunitaria (art. 13 nella versione provvisoria del d.d.l. regione Piemonte in materia di lavori pubblici).

La disposizione regionale ora espunta dal d.d.l. in commento individuava tre ipotesi legittimanti la procedura negoziata: rinviando al regio decreto 23 maggio 1924, n. 827, art. 41, *Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato* e riproducendo parzialmente i casi definiti rispettivamente dal d.lgs. n. 163/2006, art. 57, co. 5°, lett. *a e b*.

La scelta del legislatore statale di definire tassativamente le ipotesi di procedura negoziata per l'affidamento dei contratti di appalto pubblico a



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

prescindere dal valore economico di questi appare evidente dal combinato disposto del d.lgs. n. 163/2006, art. 56-57 e 121 e s. (Cons. Stato, sez. VI, 22 marzo 2007, n. 1369; Id., sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 934; Cass., sez. un., 20 novembre 2003, n. 17635; T.a.r. Basilicata, Potenza, 12 maggio 2007, n. 366; T.a.r. Veneto, sez. I, 28 febbraio 2007, n. 580; T.a.r. Toscana, Firenze, sez. I, 27 dicembre 2006, n. 8175; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. II, 17 marzo 2003, n. 784; T.a.r. Lazio, sez. II-ter, 18 agosto 2004, n. 7763; T.a.r. Basilicata, Potenza, 11 giugno 2004, n. 541).

Le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di importo inferiore alla c.d. soglia di diritto europeo sono infatti sottoposte alla disciplina prevista per le procedure di aggiudicazione degli appalti di valore superiore alla c.d. soglia comunitaria, salvo le diverse previsioni espresse (d.lgs. n. 163/2006, art. 121 che rinvia ai successivi art. 122 e s.) tra cui non è rinvenibile una elencazione tassativa delle situazioni legittimanti la procedura negoziata ulteriore e differente da quella contenuta nel d.lgs. n. 163/2006, art. 56-57 che è l'unica disciplina di riferimento per l'aggiudicazione con procedura negoziata dei contratti di appalto pubblico.

La procedura negoziata è un procedimento di scelta del contraente di carattere eccezionale rispetto alle procedure aperte e ristrette, poiché consente alle amministrazioni appaltanti di consultare «gli operatori economici da loro scelti» e di negoziare «con uno o più di essi le condizioni dell'appalto» (d.lgs. n. 163/2006, art. 3, co. 40°). Per tale ragione la procedura negoziata è ammessa solo nei casi espressamente e tassativamente definiti dalla legge (d.lgs. n. 163/2006, art. 56, 57 e art. 122, co. 7°) e dalle direttive europee in materia anche con



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

riferimento agli appalti di valore inferiore alla c.d. soglia comunitaria (direttiva del Parlamento e del Consiglio CE 31 marzo 2004, n. 2004/18, *relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*, art. 30-31; Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2006, n. 1893; Id., sez. VI; 15 novembre 2005, n. 6368; Id., sez. V, 24 ottobre 2002, n. 5860 e Id., 10 giugno 2005, n. 3208; da ultimo T.a.r. Puglia, Bari, sez. I, 5 aprile 2007, n. 1010; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 12 marzo 2007, n. 1781; Id., sez. VII, 31 marzo 2006, n. 3304; T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 23 agosto 2006, n. 7375; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 20 maggio 2003, n. 5868).

La definizione dei presupposti legittimanti la procedura negoziata attiene pertanto alla materia «tutela della concorrenza» (art. 117, co. 2°, lett. e, Cost.) e pare sottratta alla competenza normativa della Regione che può compiere scelte restrittive – riducendo ad esempio le ipotesi di ammissibilità della procedura negoziata – che ne vincolano l'attività contrattuale in conformità al principio di buona andamento (art. 97 Cost.) ma incontra il limite dell'autonomia degli enti territoriali inferiori (art. 114 e 117, co. 6°, Cost.).

In particolare, il rinvio al r.d. 23 maggio 1924, n. 827, art. 41 – e indirettamente al d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, *Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni*, art. 78 attuativo della disciplina legislativa in materia – già contenuto nella l. n. 109/1994, art. 24 recante la disciplina della trattativa privata per l'affidamento di lavori pubblici poteva non destare problemi poiché, come noto, le ipotesi tassative in cui si consentiva l'esperimento della procedura negoziata o trattativa privata (l. n. 109/1994, art. 24) erano maggiormente



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

restrittive di quelle consentite dalla previgente disciplina europea (dall'abrogata direttiva CE n. 93/37/CE, art. 7, § 2; Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 1998, n. 1312; Corte cost., 7 novembre 1995, n. 482) nonché di quelle definite dalla disciplina europea attualmente vigente (art. 30 e 31, direttiva CE n. 2004/18/CE) e dalle disposizioni nazionali di recepimento di cui al *Codice dei contratti pubblici* (d.lgs. n. 163/2006, art. 56-57).

La parziale riproduzione del contenuto del d.lgs. n. 163/2006, art. 57, co. 5°, lett. *a* e *b* nell'art. 13 del d.d.l. regionale ora soppresso aveva invece l'effetto di ampliare la possibilità di ricorso alla procedura negoziata per l'affidamento dei contratti pubblici di lavori.

La modificazione del d.lgs. n. 163/2006, art. 57, co. 5°, lett. *b* per effetto del d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113, *Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62* (art. 1, lett. *f*) ha escluso la possibilità di applicare tale ipotesi di procedura negoziata agli appalti pubblici di lavori – ipotesi attualmente ammessa per i soli appalti pubblici di servizi – e reso pertanto superflua l'analisi della formulazione del soppresso art. 13, co. 2°, lett. *b* d.d.l. Regione Piemonte.

Si ammetteva infine la procedura negoziata per «*lavori aggiuntivi o di completamento di un'opera già appaltata con procedura aperta o ristretta, qualora sussista l'urgenza dei lavori e l'importo degli stessi non sia superiore al 10 per cento dei lavori già appaltati*» (ex art. 13, co. 2°, lett. *c* d.d.l. Regione Piemonte). Il d.lgs. n. 163/2006, art. 57, co. 5°, lett. *a* circoscrive invece tale



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

ipotesi ai «lavori complementari, non compresi nel progetto iniziale né nel contratto iniziale, che, a seguito di una circostanza impreveduta, sono divenuti necessari all'esecuzione dell'opera» e soltanto qualora i lavori oggetto di affidamento a trattativa privata «non possono essere separati, sotto il profilo tecnico o economico, dal contratto iniziale, senza recare gravi inconvenienti alla stazione appaltante, ovvero pur essendo separabili dall'esecuzione del contratto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento».

Il legislatore nazionale non ha lasciato margini di ulteriore definizione delle ipotesi legittimanti la procedura negoziata per gli appalti pubblici di lavori e legittimamente la Regione si è astenuta dal disciplinare l'argomento, eliminando la disposizione di cui all'art. 13 della precedente versione del d.d.l. in esame dall'attuale d.d.l. regione Piemonte n. 436.

Occorre peraltro rilevare che secondo il Consiglio di Stato la scelta del legislatore statale «di non utilizzare gli spazi di discrezionalità lasciati dalle direttive offre alle Regioni un residuo margine di intervento. Con la precisazione che tale margine non può essere utilizzato per introdurre misure di attenuazione della concorrenza – come avverrebbe, ad esempio, ampliando le ipotesi di trattativa privata – ma consente solo un intervento diretto ad una applicazione più ampia del principio nel senso indicato dalla sentenza n. 482/95 della Corte costituzionale che ha riconosciuto la legittimità della legge n. 109 del 1994 proprio perché diretta ad assicurare in modo più esteso la concorrenza» (Cons. Stato, sez. atti norm., 6 febbraio 2006, n. 355).



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

8. I lavori in economia.

L'acquisizione di lavori in economia, come noto, è una modalità di realizzazione di lavori pubblici alternativa alla concessione e all'appalto pubblico di lavori, ammissibile esclusivamente entro determinati limiti di importo (lavori di importo non superiore a € 200.000, ma cfr. già T.a.r. Sicilia, Catania, sez. I, 4 settembre 1997, n. 1697) e solo per talune categorie di lavori – «a) manutenzione o riparazione di opere od impianti quando l'esigenza è rapportata ad eventi imprevedibili e non sia possibile bandire un appalto pubblico; b) manutenzione di opere o di impianti di importo non superiore a 100.000 Euro; c) interventi non programmabili in materia di sicurezza; d) lavori che non possono essere differiti, dopo l'infruttuoso esperimento delle procedure di gara per l'aggiudicazione di un appalto; e) lavori necessari per la compilazione di progetti; f) completamento di opere o impianti a seguito della risoluzione del contratto o in danno dell'appaltatore inadempiente, quando vi è necessità ed urgenza di completare i lavori» – definiti dalla legge in ragione della ridotta pubblicità dei procedimenti di scelta del contraente terzo che eseguirà i lavori (d.lgs. n. 163/2006, art. 125, co. 1°-8°).

L'acquisizione in economia può avvenire per amministrazione diretta (per i lavori di importo non superiore a € 50.000) o con affidamento a terzi mediante stipulazione di un contratto di cottimo (per i lavori di importo non superiore a € 200.000: d.lgs. n. 163/2006, art. 125, co. 5°).

In particolare, la stipulazione del contratto di cottimo presuppone l'esperimento di una c.d. gara formale per la scelta del contraente (cottimista) che segue un procedimento analogo a quello della procedura negoziata per i contratti



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

di appalto pubblico (il d.lgs. n. 163/2006, art. 3, co. 40° dispone espressamente in tal senso; da ultimo T.a.r. Puglia, Lecce, sez. II, 1 agosto 2007, n. 3043).

La scelta del contraente con cui stipulare il contratto di cottimo avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei (in possesso dei requisiti di idoneità morale, capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria prescritta per prestazioni di pari importo affidate con le procedure ordinarie di scelta del contraente), individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. La lettera di invito deve contenere tutti gli elementi essenziali della prestazione da eseguire e indicare il criterio di aggiudicazione. È consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento, senza previo esperimento di gara informale, per lavori di importo inferiore a € 40.000 (d.lgs. n. 163/2006, art. 125, co. 8° e 12°; cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2005, n. 954).

L'art. 15, d.d.l. regione Piemonte n. 436 demanda ad un regolamento regionale attuativo della legge regionale medesima l'individuazione delle categorie di lavori realizzabili in economia ma definisce il limite di importo dei lavori in economia in € 300.000 (*«i lavori in economia sono ammessi fino all'importo di 300.000,00 euro»*: art. 15, co. 1°), aumentando cioè il limite di valore economico previsto dal legislatore statale (d.lgs. n. 163/2006, art. 125, co. 5°).

L'ampliamento (con riferimento al valore economico delle prestazioni) delle ipotesi di ammissibilità dell'acquisizione di lavori in economia quale



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

alternativa alle ordinarie modalità di realizzazione dei lavori (appalto pubblico e concessione: d.lgs. n. 163/2006, art. 3, co. 7° e 11°) comporta l'ampliamento delle ipotesi in cui è esperibile un procedimento di scelta del contraente (cottimista) analogo alla procedura negoziata e caratterizzato da minore pubblicità (invito ad almeno cinque operatori economici individuati dall'amministrazione aggiudicatrice senza pubblicazione di un bando di gara: v. Cons. Stato, sez. atti norm., 6 febbraio 2006, n. 355), con violazione della competenza normativa esclusiva statale in materia di «tutela della concorrenza» (art. 117, co. 2°, lett. e, Cost.).

L'innalzamento del limite di valore dei lavori eseguibili in economia da € 200.000 a € 300.000 appare una scelta legislativa costituzionalmente illegittima poiché interviene in una materia di competenza statale esclusiva nella quale il legislatore statale ha circoscritto entro un preciso limite di valore economico l'utilizzazione di fattispecie contrattuali derogatorie rispetto alla disciplina dei contratti di appalto pubblico di lavori e di concessione di lavori (art. 117, co. 2°, lett. e, m Cost.; Cons. Stato, sez. atti norm., 6 febbraio 2006, n. 355).

Non paiono sussistere soluzioni alternative alla modificazione della disposizione di cui all'art. 15, co. 1°, d.d.l. regione Piemonte n. 436 al fine di ricondurre la disciplina giuridica regionale dei lavori in economia – pertanto il rilievo vale anche per un eventuale, futuro regolamento regionale attuativo della disciplina legislativa regionale in commento – entro i limiti tassativi ed inderogabili – quanto a valore economico e categorie di lavori – stabiliti dal legislatore statale.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

9. Il subappalto.

Il d.d.l. regione Piemonte n. 436 si occupa di disciplinare i *lavori scorporabili e subappaltabili* (art. 20), in parte rinviando «*alle disposizioni statali vigenti in materia di subappalto e subcontratto*» ed in parte riprendendo talune disposizioni in esse contenute (in particolare il d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, art. 30).

Il *Codice dei contratti pubblici* (d.lgs. n. 163/2006, art. 4, co. 3°) sembra porre un vincolo assoluto ed inderogabile per il legislatore regionale che rappresenta la proiezione di competenze esclusive statali ed inibisce alle Regioni – «nel rispetto dell'art. 117, co. 2°, Cost.» – l'adozione di una disciplina differente rispetto a quella nazionale per taluni settori tra cui il «subappalto» (cfr. *supra* § 2-3).

Con tale disposizione il legislatore statale ha fornito un'interpretazione del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni di cui all'art. 117 Cost. che non pare vincolante per le Regioni e comporta la necessità di verificarne la conformità al dato costituzionale (art. 117 Cost.; *supra* § 2). Con particolare riferimento al subappalto sembrano rilevare taluni elementi che condurrebbero all'affermazione della potestà legislativa esclusiva dello Stato per la possibilità di ricondurre la disciplina giuridica dell'istituto in esame in parte alla materia «ordinamento civile» (art. 117, 2° co. lett. *l*, Cost.), ed in parte alla «tutela della concorrenza» (art. 117, 2° co. lett. *e*, Cost.), senza tuttavia escludere i riflessi che tale disciplina produce sulla «tutela e sicurezza del lavoro» che è materia di competenza concorrente tra Stato e regioni (art. 117, co. 3°, Cost.).



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

La materia dei “contratti” richiama la disciplina dei rapporti interprivati e pare consentire la collocazione del «subappalto» nell’ambito della materia «ordinamento civile» (art. 117, comma 2°, lett. l Cost.), che, riguarda peraltro esclusivamente il diritto dei privati (già limite invalicabile per la legislazione regionale nel nell’ordinamento delle competenze vigente prima della riforma del 2001 del titolo V, Parte II della Costituzione), cui consegue, pertanto, la non riconducibilità a tale materia della fase di aggiudicazione del contratto che, disciplinata da norme di diritto amministrativo, esula da una regolamentazione di carattere privatistico (cfr. *supra* § 2). Il subappalto, anche ove connesso ad un appalto pubblico di lavori, si qualifica pur sempre come contratto disciplinato dal codice civile e dalla volontà negoziale delle parti e non appare, per tale ragione, idoneo a incidere, modificandolo, sul contratto d’appalto, né a creare alcun rapporto diretto tra amministrazione appaltante e subappaltatore. In altri termini investe solo «l’esecuzione» del contratto senza interferire nel rapporto tra committente e appaltatore (che resta di fronte al primo l’unica persona obbligata). La relazione giuridica negoziale di subappalto, intercorrente tra l’appaltatore e il subappaltatore si colloca pertanto in un ambito contrattuale derivato rispetto al contratto di appalto principale, in una fase successiva rispetto all’individuazione del contraente da parte dell’amministrazione aggiudicatrice (T.a.r. Toscana Firenze, sez. III, 2 luglio 2007, n. 1015), ancorché la nozione di subappalto, in relazione ai contratti pubblici volti all’acquisizione di lavori, servizi e forniture, non coincida totalmente con la corrispondente nozione civilistica, ma debba essere delineata in base ad un criterio sostanziale che, in ragione dello scopo della disciplina dell’istituto nel diritto dei contratti pubblici, consente di definirlo come «qualunque tipo di contratto che intercorre tra l’appaltatore e un terzo, in virtù del



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

quale talune delle prestazioni appaltate non sono eseguite dall'appaltatore con la propria organizzazione, bensì mediante soggetti giuridici distinti in relazione ai quali si pone l'esigenza che essi siano qualificati e in regola con la c.d. disciplina antimafia» (Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2006, n. 518).

Sotto differente profilo sembra potersi affermare che non solo i riflessi nell'ordinamento civile, ma altresì quelli nell'ordinamento penale (si pensi alla necessità che il subappaltatore sia in regola con la cd. disciplina antimafia: Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2006, n. 518; e alle fattispecie di reato di cui alla l. n. 646/1982, art. 21 in caso di subappalto non autorizzato) parrebbero legittimare la riserva normativa a favore dello Stato (art. 117, co. 2°, lett. l, Cost.).

L'affermazione della sussistenza di una potestà legislativa esclusiva statale in materia di subappalto è stata confermata dal Consiglio di Stato che ha ritenuto che la disciplina del subappalto costituisce con taluni altri istituti menzionati dall'art. 4, co. 3°, dlgs. n. 163/2006 (qualificazione e selezione dei contraenti, criteri di aggiudicazione e vigilanza sul mercato degli appalti affidata ad una Autorità indipendente), il «nucleo principale *del Codice dei contratti pubblici*», ove la concorrenza assume un ruolo determinante (Cons. Stato, sez. atti norm., 6 febbraio 2006, n. 355), con la conseguenza di escludere la disciplina regionale in materia.

La Corte Costituzionale ha peraltro, proprio in materia di «ordinamento civile», ammesso la possibilità per la legislazione statale di prevedere un ruolo normativo, ancorché meramente integrativo, delle regioni che possono emanare disposizioni legislative e regolamentari attuative conformi ai principi e alle norme stabiliti con legge dello Stato (Corte Cost. n. 271/2005): l'intervento normativo



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

statale, in conformità ai principi di necessità e adeguatezza, non preclude «un'attività integrativa e di ulteriore svolgimento e specificazione» da parte della legislazione regionale (Corte Cost. n. 407/2002 e n. 246/2006).

Taluni profili della disciplina giuridica del subappalto (cfr. d.lgs. n. 163/2006, art. 118, co. 3°, 4°, 6°, 7° con riferimento alle garanzie di pagamento del subappaltatore, del corrispettivo delle prestazioni rese dal subappaltatore, all'osservanza del trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore, alla responsabilità solidale da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto, alla sicurezza nei cantieri) attengono peraltro alla «tutela e sicurezza del lavoro» che è materia di competenza concorrente tra Stato e regioni (art. 117, co. 3°, Cost.).

L'affermazione è resa particolarmente evidente dalle recenti disposizioni legislative statali volte a tutelare i lavoratori dipendenti delle imprese subappaltatrici: «l'appaltatore risponde in solido con il subappaltatore della effettuazione e del versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente e del versamento dei contributi previdenziali e dei contributi assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dei dipendenti a cui è tenuto il subappaltatore» e a tal fine si prevede che l'appaltatore possa «sospendere il pagamento del corrispettivo fino all'esibizione da parte del subappaltatore della predetta documentazione» e che il committente (la cui inosservanza di tale obbligo determina l'applicazione di una sanzione pecuniaria) provveda «al pagamento del corrispettivo dovuto all'appaltatore previa esibizione da parte di quest'ultimo della documentazione» (d.l. 4 luglio 2006, n. 223, art. 35,



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

co. 28° e s., conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248; cfr. anche d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, art. 29, co. 2°, come mod. dalla l. 27 dicembre 2006, n. 296, art. 1, co. 911° e d.lgs. 626/1994 art. 7, co. 3°-bis, come mod. dalla l. 27 dicembre 2006, n. 296, art. 1, co. 910°).

Le disposizioni statali che disciplinano il subappalto al fine di garantire la tutela e la sicurezza dei lavoratori delle imprese subappaltatrici paiono pertanto doversi considerare norme di principio che la Regione può specificare con propria normativa di dettaglio ai sensi dell'art. 117, co. 3°, Cost.

Pare forse da escludere la scelta di riprodurre nel d.d.l. regione Piemonte n. 436 in esame (art. 20, co. 1°, 2° e 4°) le disposizioni relative al subappalto contenute nella normativa nazionale (d.lgs. n. 163/2006, art. 118; d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, art. 30) e comunitaria (direttive CE n. 2004/17, art. 37) di riferimento in ragione della possibilità che tale normativa venga modificata con conseguente invalidità – per illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost. o per contrasto con il diritto europeo e conseguente obbligo di disapplicazione – della normativa regionale nelle more di adeguamento alla sopravvenuta nuova disciplina statale ed europea. A tal fine potrebbero introdursi disposizioni di rinvio alla disciplina statale del subappalto che consentano un adeguamento automatico della legge regionale alle modificazioni normative europee e nazionali sopravvenute.

La disposizione di cui all'art. 20, co. 3° del d.d.l. regione Piemonte n. 436 (secondo cui «*non possono essere affidatarie di lavori in subappalto le imprese che abbiano partecipato singolarmente o in associazione con altre imprese, alla gara per l'affidamento del lavoro*») non trova corrispondenza normativa nella



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

disciplina statale del subappalto e pare avere «codificato» taluni principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa.

In materia di subappalto si è affermato l'obbligo per l'amministrazione appaltante, anche in assenza di una norma *ad hoc* o di una specifica clausola del bando di gara, di procedere all'esclusione di imprese che, nell'ambito della medesima gara, abbiano concorso in via autonoma con presentazione della relativa offerta e, contemporaneamente, quali subappaltatrici di altre imprese concorrenti. L'applicazione di tale principio risulta tuttavia limitata ai casi in cui sia rinvenibile «un intreccio a catena» tale da compromettere i principi di parità di trattamento e segretezza in pregiudizio del confronto concorrenziale tra i partecipanti alla gara d'appalto, anche in relazione alla possibilità di accordi tra i concorrenti per la formulazione concordata delle offerte e la conseguente aggiudicazione della gara «altamente probabile, se non addirittura certa» ad una delle imprese collegate (Cons. Stato sez. V, 5 marzo 2002, n. 1298; sul divieto di partecipazione alla stessa gara di imprese controllate *ex l.* n. 109/1994, art. 10 bis: Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 2003, n. 560; *Id.*, sez. V, 1°luglio 2002, n. 3601; *Id.*, sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 923; *Id.*, sez. VI, 27 dicembre 2001, n. 6424).

La *ratio* di tale principio «escludente» pare potersi individuare nella più ampia prospettiva delle disposizioni volte ad inibire la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica di imprese che si pongano tra loro in regime di «collegamento sostanziale». Con riferimento a tali situazioni si è affermato, sempre in relazione all'appalto pubblico di lavori, che il collegamento tra imprese tale da comportare la riconduzione di due o più offerte ad un unico centro decisionale, con conseguente violazione del principio di segretezza delle offerte, si verifica solo allorché tra le imprese concorrenti intercorra una «situazione di influenza dominante di una sull'altra» per l'esistenza di un controllo *ex art.* 2359



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

cod. civ. o in ragione di una «comunanza di interessi» individuabile nell'intreccio degli organi amministrativi e di rappresentanza che possa comportare una reciproca conoscenza e condizionamento delle rispettive offerte (Cons. St., sez. V, 7 febbraio 2002, n. 685; cfr. anche d.lgs n. 163/2006, art. 34, co. 2° secondo cui «non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino tra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 cod. civ.» e «le stazioni appaltanti escludono altresì dalla gara i concorrenti per i quali accertano che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi» anche ove tale rapporto non possa essere ricondotto allo schema di cui all'art. 2359 cod. civ.).

La situazione di collegamento non può ritenersi provata ove un'impresa abbia indicato tra i propri possibili subappaltatori altra impresa già indicata quale possibile subappaltatrice da altri concorrenti e che abbia altresì partecipato individualmente alla gara. Non sembra possibile affermare che la preventiva indicazione degli operatori economici cui si intende subappaltare parte dei lavori comporti l'impedimento per questi di concorrere con proprie, autonome offerte alla medesima gara, giacchè «tale estremo rigore, fondato sulla mera presunzione di accordi fraudolenti» non appare giustificato ai fini della tutela delle esigenze di trasparenza, parità di trattamento, segretezza delle offerte e conseguente piena ed effettiva concorrenza (Cons. Stato, sez. VI, 28 febbraio 2000, n. 1056; T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. III, 20 luglio 2007, n. 1831; Cons. Stato, sez. VI, 14 giugno 2006, n. 3500; Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2005, n. 3089 consente di escludere dalla gara le imprese in situazione di controllo diversa da quella di cui all'art. 2359 cod. civ. ed in assenza di apposita previsione del bando; in senso opposto T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 25 maggio 2005, n. 4170, che afferma l'illegittimità della clausola del bando che prevede l'esclusione dalla gara nel



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

caso di partecipazione di imprese che si trovano in una situazione di collegamento sostanziale diversa da quella dell'art. 2359 cod. civ.; Cons. Stato, sez. V, 28 giugno 2004, n. 4789).

La citata disposizione regionale (art. 20, co. 3° del d.d.l. regione Piemonte n. 436) rileva nel procedimento di scelta del contraente quale elemento di valutazione della convenienza del contratto e dell'affidabilità dell'offerta per la pubblica amministrazione coinvolgendo taluni aspetti concernenti la «tutela della concorrenza» (riservata alla potestà normativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, co. 2°, Cost.) ma soprattutto dando applicazione al principio costituzionale di buon andamento (art. 97 Cost.), onde ridurre il rischio della formazione di cartelli tra gli operatori economici partecipanti.

La previsione legislativa regionale del divieto per le imprese partecipanti ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori di essere affidatarie di lavori in subappalto per conto di altre imprese partecipanti alla medesima procedura pare legittima nella parte in cui esprime una scelta di autonomia dell'ente regionale volta a vincolare in tal senso le future procedure di scelta del contraente poste in essere dalla Regione o dagli enti pubblici tenuti all'osservanza della legge regionale (di cui all'art. 2, co. 3°, d.d.l. regione Piemonte n. 436).

Il medesimo vincolo considerato con riferimento agli *enti territoriali* – la cui autonomia è costituzionalmente riconosciuta dall'art. 117, co. 6° Cost. – pare comprimerne ingiustificatamente l'autonomia, precludendo ad essi scelte differenti valide per la singola procedura di gara. A tal fine si potrebbe forse esplicitare il carattere di «linea guida» non vincolante che la citata disposizione regionale può assumere per tali enti.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

10. Conclusioni.

Il quesito posto attiene all'analisi delle disposizioni del disegno di legge regionale n. 436 presentato il 19 aprile 2007, *Legge generale in materia di lavori pubblici* che possono presentare profili di illegittimità.

Né la materia "contratti pubblici" né quella "lavori pubblici" sono espressamente previste dall'art. 117, Cost. che riserva alla potestà normativa esclusiva dello Stato talune «materie trasversali» o «valori costituzionali» quali la «tutela della concorrenza», l'«ordinamento civile», la «giustizia amministrativa», la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni» concernenti diritti civili e sociali e la «tutela dell'ambiente e dei beni culturali» (art. 117, co. 2°, lett. e, l, m, s, Cost.) che possono interessare, pur sotto diversi profili, la disciplina delle modalità di realizzazione dei lavori pubblici oggetto del d.d.l. regionale in esame.

A tal fine del *Codice dei contratti pubblici* (art. 4) propone un'interpretazione degli istituti in esso disciplinati che sono oggetto delle «materie» riservate allo Stato e la cui disciplina non è disponibile dalle regioni. Trattandosi però di disposizione di legge statale essa non pare poter vincolare le regioni, il cui potere normativo è definito in Costituzione (art. 117) e soggetto all'unica interpretazione vincolante della Corte Costituzionale.

Le scelte normative compiute dalla Regione Piemonte vincolano la futura attività contrattuale della regione stessa e degli enti pubblici «operanti sul territorio della Regione» compresi nella delimitazione soggettiva del d.d.l. in esame (art. 2, co. 3°). L'individuazione di quali soluzioni definire in via generale e astratta con norma e quali scelte demandare invece agli organi di gestione amministrativa con efficacia limitata al singolo rapporto contrattuale spetta agli



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

organi di governo regionali in conformità ai principi di imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.).

Il potere normativo regionale avente ad oggetto la disciplina degli appalti pubblici di lavori incontra invece il limite dell'autonomia costituzionalmente riconosciuta agli enti territoriali minori (art. 114 e 117, co. 6° Cost.) che possono disciplinare la propria attività contrattuale (dalle modalità di scelta del contraente alla stipulazione ed esecuzione dei contratti), in conformità al diritto europeo e alla disciplina nazionale, statale o regionale. La disciplina regionale di dettaglio sui lavori pubblici potrebbe dunque essere interpretata per gli enti territoriali come linea guida non vincolante o come norma cedevole ove questi adottino un proprio regolamento conforme alla recente normativa europea e statale in materia.

In generale, pare utile evitare di riprodurre nel disegno di legge regionale n. 436 presentato il 19 aprile 2007, *Legge generale in materia di lavori pubblici* le disposizioni statali od europee indisponibili alla potestà normativa regionale – ove invece un rinvio alla normativa statale ed europea consentirebbe un adattamento automatico di quella regionale in caso di emendamento delle disposizioni oggetto di rinvio – che definire con legge regionale quelle scelte di autonomia – consentite dalla disciplina statale di cui al *Codice dei contratti pubblici* – che potrebbero essere demandate all'amministrazione aggiudicatrice per la singola procedura di scelta del contraente.

Talune disposizioni del d.d.l. regione Piemonte n. 436 sono state modificate (la disciplina degli incarichi di progettazione, dell'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse) o soppresse (l'individuazione delle ipotesi tassative di procedura negoziata per gli appalti c.d. sotto soglia) rispetto



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

alla versione originale del d.d.l. in esame con superamento dei relativi dubbi di legittimità che avrebbero potuto essere avanzati.

Per altre disposizioni del d.d.l. regione Piemonte n. 436 permangono invece dubbi di legittimità.

L'art. 7, co. 4°, secondo periodo, d.d.l. regione Piemonte n. 436 nella parte in cui consente l'acquisizione in economia delle prestazioni di progettazione di lavori di importo inferiore a € 20.000 pare invece disposizione superflua – ove intesa ad esplicitare una facoltà delle amministrazioni aggiudicatrici già riconosciuta dal *Codice dei contratti pubblici* – o di dubbia legittimità costituzionale – ove intesa come limitazione dell'autonomia degli enti territoriali tenuti all'osservanza della legislazione regionale.

L'art. 14, co. 1°, d.d.l. regione Piemonte n. 436 individua un limite di importo (€ 2.500.000) oltre il quale non è possibile procedere all'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse inferiore a quello stabilito dal d.lgs. n. 163/2006, art. 122, co. 9° (€ 5.278.000) con norma che è esercizio dell'autonomia regionale idonea a vincolarne la successiva attività contrattuale conformemente al principio costituzionale di buon andamento e che tuttavia incontra il limite dell'autonomia costituzionalmente riconosciuta degli enti territoriali (art. 117, co. 6° Cost.). Occorre tuttavia rilevare che l'istituto dell'esclusione automatica delle offerte c.d. anomale non pare conforme ai principî del diritto europeo in materia di appalti pubblici, ove per ragioni di semplificazione procedimentale non consente all'impresa che presenta l'offerta migliore di giustificare la propria offerta (Cons. Stato, sez. cons. atti normativi, parere 6 febbraio 2006, n. 355). L'esclusione automatica delle offerte c.d.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

anomale introduce un elemento di casualità nell'aggiudicazione che avviene a favore dell'offerta che si avvicina maggiormente ad un valore medio considerato equo (rappresentato dalla c.d. soglia di anomalia) e non consente di porre adeguato rimedio alle conseguenze (l'esclusione automatica) di eventuali offerte presentate al solo scopo di manipolare la determinazione della c.d. soglia di anomalia.

L'art. 15, d.d.l. regione Piemonte n. 436 pare illegittimo nella parte in cui definisce il limite di importo dei lavori acquisibili in economia in € 300.000, aumentando cioè il limite previsto dal legislatore statale (€ 200.000 *ex d.lgs. n. 163/2006, art. 125, co. 5°*) che ha invece circoscritto la facoltà di avvalersi di procedure di scelta del contraente caratterizzate da minore pubblicità e pertanto eccezionali rispetto ai contratti di appalto pubblico di lavori e alle concessioni di lavori.

La disposizione di cui all'art. 20, co. 3° del d.d.l. regione Piemonte n. 436 costituirebbe una «codificazione» di principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa che – vietando per le imprese partecipanti ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori di essere affidatarie di lavori in subappalto per conto di altre imprese partecipanti alla medesima procedura – pare conforme al dettato costituzionale (art. 97 Cost.) ove intesa a disciplinare l'attività contrattuale della regione e degli enti pubblici non territoriali sottoposti al d.d.l. in esame e costituzionalmente illegittima (per violazione degli art. 114 e 117, co. 6°, Cost.) nella parte in cui comprime – precludendo scelte differenti valide per la singola procedura di gara – l'autonomia degli enti territoriali tenuti all'osservanza della legge regionale.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO
FACOLTA' DI ECONOMIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL' ECONOMIA

Prima bozza

Riteniamo con quanto detto di avere esaurito il quesito posto. Rimaniamo comunque a disposizione per ogni chiarimento, integrazione o approfondimento e cogliamo l'occasione per porgere i migliori saluti.