



**Indirizzi operativi
per l'applicazione della L.R. 27/2003 a seguito
della sentenza della Corte costituzionale n. 401/2007**

Come noto, l'entrata in vigore, il 1° luglio 2006, 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), ha posto la questione del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni in tema di appalti pubblici. Difatti, l'art. 4 del testo normativo statale vieta al legislatore regionale di dettare una disciplina difforme dal Codice stesso in relazione ad un'ampia gamma di oggetti in esso elencati.

Questa posizione fortemente restrittiva assunta dal legislatore statale e codificata all'interno del Codice dei contratti ha determinato un impatto sulla vigente legge regionale in materia di lavori pubblici (L.R. 7 novembre 2003, n. 27 "*Disposizioni generali in materia di lavori pubblici di interesse regionale e per le costruzioni in zone classificate sismiche*"), in relazione alle fattispecie disciplinate in modo difforme dal D.Lgs. 163/2006 e comunque incidenti su aspetti ricondotti alla potestà esclusiva del legislatore statale, in ragione della loro afferenza alle materie di cui all'art. 117, secondo comma, della Costituzione.

Il nodo sopraddetto è stato affrontato a livello regionale assumendo una duplice iniziativa.

In primo luogo, con provvedimento n. 1885 del 13 giugno 2006 e con successiva deliberazione n. 2065 del 27 giugno 2006, la Giunta regionale ha autorizzato il ricorso avverso il D.Lgs. 163/2006 avanti la Corte Costituzionale ai sensi dell'art. 127 Cost., per la declaratoria di illegittimità costituzionale degli articoli 4, commi 2 e 3, e 5 del predetto Codice dei contratti, nonché delle singole disposizioni del Codice dalle quali, in virtù del riparto di competenze operato dall'art. 4, sarebbe potuta derivare in concreto una lesione alle attribuzioni legislative regionali.

In secondo luogo, nelle more della definizione del giudizio instaurato innanzi alla Consulta, con provvedimenti n. 2155 del 6 luglio 2006 e n. 310 del 13 febbraio 2007, la Giunta regionale ha formalizzato un indirizzo interpretativo finalizzato a orientare le stazioni appaltanti nell'individuazione della normativa applicabile ai lavori pubblici di interesse regionale, invitandole ad applicare, per le ragioni nelle stesse indicate, le disposizioni della legge regionale. La vigenza della L.R. 27/2003 risultava in particolare desumibile dalla considerazione separata dei contratti sopra soglia e di quelli sotto soglia, avvalorata da un precedente orientamento della Corte costituzionale (v. sent. n. 345/2004), seguito anche dal Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema di decreto recante il codice dei contratti adottato dal Consiglio dei Ministri il 13/01/2006.

Con sentenza n. 401 del 23 novembre 2007, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale - 1ª Serie Speciale - Corte Costituzionale n. 46 del 28-11-2007, la Corte costituzionale, nel pronunciarsi sul citato ricorso promosso dalla Regione del Veneto - unitamente alle Regioni Toscana, Piemonte, Lazio Abruzzo ed alla Provincia di Trento - avverso le norme del Codice degli appalti ritenute gravemente lesive delle prerogative legislative riconosciute dalla Costituzione, ha peraltro rigettato pressoché tutte le questioni sollevate, fornendo una interpretazione connotata da una rigida chiusura nei confronti delle rimostranze regionali.

Modificando almeno in parte il precedente indirizzo, con la suddetta recente decisione n. 401/2007, la Corte costituzionale, pur avendo chiarito l'assetto costituzionale delle attribuzioni normative in materia di appalti pubblici, non si è direttamente pronunciata sulla legittimità della L.R. 27/2003, in quanto il sindacato di costituzionalità ha investito il Codice dei contratti, nei termini e nei limiti in cui è stato impugnato dalle Regioni ricorrenti.

A ciò si deve aggiungere che la stessa Corte non è entrata nel merito di tutte le questioni poste, adducendo l'inammissibilità di alcune censure regionali perché non sufficientemente motivate. Ciò ha determinato l'effetto di rendere 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, desunti dalla recente giurisprudenza della Corte costituzionale, finalizzati a supportare le stazioni appaltanti nell'applicazione della citata normativa statale e regionale in materia di lavori pubblici, con particolare riguardo alle fattispecie disciplinate in modo difforme dalla L.R. 27/2003 e dal Codice dei contratti, riferibili agli oggetti elencati all'art. 4, commi 2 e 3, del D.Lgs. 163/2006, qualificati rispettivamente, di potestà legislativa concorrente ed esclusiva dello Stato.

In termini generali, mentre per gli oggetti enumerati al comma 2 dell'art. 4 del Codice dei contratti non si pongono particolari questioni (la Corte si è quasi sempre espressa con pronunce interpretative di rigetto tese a salvaguardare le competenze regionali), per gli ambiti identificati al successivo comma 3, la Consulta, salvi i casi di inammissibilità delle censure e di accoglimento della questione sollevata sull'art. 84 (Commissione giudicatrice), ha rigettato le impugnazioni proposte, ritenendo conformi al dettato costituzionale le disposizioni del D.Lgs. 163/2006 contestate dalle Regioni, in quanto disciplinanti, a seconda dei casi, istituti ascrivibili alle materie di potestà legislativa esclusiva statale "tutela della concorrenza", "ordinamento civile", "giurisdizione, norme processuali, giustizia amministrativa".

La Corte, nel dirimere le questioni di costituzionalità sottoposte al suo esame ha, in tal senso, operato un inquadramento sistematico dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, distinguendo tra fase pubblicistica della procedura di affidamento e fase privatistica della stipulazione ed esecuzione del contratto. In questa prospettiva, secondo il giudice delle leggi, la prima fase è ascrivibile alla "tutela della concorrenza", mentre la seconda andrebbe ricondotta all' "ordinamento civile", nei termini che saranno nel prosieguo precisati.

Inoltre, giova preliminarmente chiarire come, per dirimere le predette situazioni di contrasto normativo, appaia congruo ricorrere all'applicazione coordinata di due criteri: quello della successione delle leggi nel tempo e quello della competenza.

Il ricorso congiunto a detti criteri ed alle indicazioni desumibili dal recente pronunciamento della Corte costituzionale induce a ritenere implicitamente abrogate, per sopravvenuta incompatibilità con la disciplina dettata dal Codice, le disposizioni della legge regionale afferenti ad ambiti materiali che la Corte costituzionale ha attribuito alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Risultano pertanto superati anche gli indirizzi interpretativi forniti dalla Giunta regionale con i provvedimenti n. 2155, del 6 luglio 2006 e n. 310, del 13 febbraio 2007.

Analogo esito interpretativo appare inevitabile anche in ordine alle disposizioni della legge regionale 20 luglio 2007, n. 17 - entrata in vigore l'8 agosto 2007 (quindi successivamente al D. Lgs 163/2006 e relative modifiche), a sua volta oggetto di impugnazione governativa ai sensi dell'art. 127 Cost. - che hanno modificato e/o integrato singoli istituti della L.R. 27/2003 o, comunque, ne presuppongono il dettato originario andando a comporre, unitamente a questi ultimi, un *corpus* normativo unitario.

Ciò premesso, di seguito si illustrano le indicazioni operative che pongono in relazione alcuni istituti disciplinati dalla L.R. 27/2003, come da ultimo modificata dalla L.R. 17/2007, con le conclusioni contenute nella richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 401 del 23 novembre 2007.

A) PROGRAMMAZIONE DEI LAVORI PUBBLICI

L'art. 4, comma 2, del Codice dei contratti include tra gli oggetti di potestà legislativa concorrente anche la "programmazione dei lavori pubblici".

In proposito, secondo quanto affermato nella sentenza 401/2007, la "programmazione dei lavori pubblici" non è una materia a sè, seguendo il regime giuridico proprio delle singole opere. Nella fattispecie, *"alla luce del contenuto precettivo della disposizione impugnata (art. 4, comma 2), appare evidente che nel contesto della disposizione stessa il riferimento all'attività di programmazione riguarda soltanto quei procedimenti preordinati alla realizzazione delle opere pubbliche, che esulino sia dalla competenza esclusiva dello Stato, sia da quella residuale delle Regioni, per rientrare, invece, in una delle materie di competenza concorrente individuate dal terzo comma dell'art. 117 Cost."*

Le disposizioni della L.R. 27/2003 che si occupano della materia in oggetto risultano, pertanto, applicabili sia nei riguardi dei lavori pubblici "di competenza regionale", sia nei riguardi dei lavori pubblici "di interesse regionale", in quest'ultimo caso in quanto non configgenti con i principi desumibili dalla disciplina statale sulla programmazione delle opere pubbliche.

B) RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO

Anche la disciplina dei requisiti e compiti della figura del responsabile del procedimento è qualificata dall'art. 4, comma 2, del Codice dei contratti in termini di potestà legislativa concorrente. Nel respingere le censure regionali, la Consulta ha applicato lo stesso ragionamento utilizzato per definire gli ambiti di competenza in punto di programmazione. In altri termini, la norma è stata interpretata in senso conforme alla Costituzione e ritenuta legittima, in quanto si colloca, in funzione strumentale, nell'ambito dei procedimenti che appartengono alla competenza ripartita Stato-Regioni, seguendone, in conseguenza, le sorti.

Da ciò consegue l'applicabilità della normativa regionale di cui all'art. 6 della L.R. 27/2003, in materia di responsabile del procedimento, sia che si tratti di lavori pubblici "di competenza regionale", sia che si tratti di lavori pubblici "di interesse regionale". Tale interpretazione "conservativa", peraltro, non si estende alla disposizione contenuta nell'art. 6, comma 6 *bis*, della L.R. 27/2003 (disciplinante le modalità di conferimento degli incarichi sotto soglia contemplati nel medesimo articolo 6), per le ragioni indicate al successivo punto D), inerente alle procedure di affidamento.

C) STUDI DI FATTIBILITÀ, LIVELLI DI PROGETTAZIONE E PREZZARIO REGIONALE

La Corte costituzionale ha ritenuto legittima l'impostazione del D.Lgs. 163/2006, laddove include l'attività di progettazione tra gli oggetti individuati dall'art. 4, comma 3, vietando alle Regioni di dettare una disciplina diversa dal quella del Codice stesso. Nella fattispecie, la censura regionale è stata respinta applicando il criterio della prevalenza dei profili inerenti alla tutela della concorrenza.

La Corte ha cioè affermato che la previsione di criteri uniformi nella progettazione relativa, non solo ai lavori pubblici, ma anche ai servizi e alle forniture, essendo 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.

Pertanto, non si ritengono applicabili le disposizioni di semplificazione di cui all'art. 5, commi 2 e 3, della L.R. 27/2003, laddove:

- riconoscono la facoltà, per lavori di importo inferiore a 500.000,00 euro, di sostituire il documento preliminare alla progettazione con gli studi di fattibilità e
- prevedono, per lavori di importo pari o superiore a 500.000,00 euro, di includere lo stesso documento preliminare negli studi fattibilità.

Parimenti, deve ritenersi non più vincolante il regolamento cui l'art. 12, comma 1, della legge regionale in materia di lavori pubblici demanda la determinazione dei contenuti minimi dei livelli di progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva dei lavori pubblici di interesse regionale. Atteso peraltro il suo contenuto meramente specificativo della normativa statale, detto regolamento (reg. regionale 14 luglio 2006, n. 3) può comunque essere utilizzato dal responsabile del procedimento a titolo di atto di indirizzo regionale.

Per contro, rimane stabilita la competenza regionale, testualmente riconosciuta dall'art. 89, comma 4, del D.Lgs. 163/2006, all'approvazione ed aggiornamento annuale del prezzario di cui all'art. 12, comma 2, della L.R. 27/2003, il quale riveste carattere vincolante per i "lavori di competenza regionale" e costituisce riferimento obbligatorio per gli altri lavori di "interesse regionale".

D) SISTEMI DI REALIZZAZIONE E PROCEDURE DI AFFIDAMENTO

La Corte ha definito l'ambito della "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.

Da quanto sopra consegue in primo luogo il superamento dell'elencazione delle procedure di scelta del contraente contenuta all'art. 27, comma 1, della L.R. 27/2003. Il corretto riferimento normativo è quindi costituito dall'art. 53 del D.Lgs. 163/2006.

Si ritiene altresì non applicabile l'esonero dall'obbligo di acquisire pareri di organi statali in caso di affidamento di lavori pubblici mediante appalto concorso, previsto dall'art. 27, comma 2, della legge regionale. Si tratta infatti di un aspetto strettamente correlato alla tematica delle procedure di affidamento la cui disciplina rientra tra le prerogative legislative statali. Ovviamente, la validità di questa indicazione è collegata alla vigenza del regime transitorio applicabile ai contratti di progettazione ed esecuzione (disciplina dell'appalto integrato e appalto concorso posta dalla L. 109/1994) sino all'entrata in vigore del regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice dei contratti, cui è subordinata l'operatività della nuova disciplina normativa in tema di progettazione ed esecuzione (art. 253, comma 1 *quinquies*, e art. 122, comma 1, D.Lgs. 163/2006, come modificati dal D.Lgs. 113/2007).

D.1) AFFIDAMENTO DI SERVIZI TECNICI

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.

D.2) PROCEDURA NEGOZIATA

Per le medesime ragioni, l'affidamento di lavori pubblici di interesse regionale mediante procedura negoziata è ora consentito unicamente nei casi previsti dal D.Lgs. 163/2006, mentre le ipotesi e le soglie individuate dall'art. 33 della L.R. 27/2003 non giustificano più il ricorso a detta procedura. Di conseguenza viene altresì meno la ragion d'essere dell'adempimento delle forme di pubblicità individuate nello stesso articolo, con riguardo all'inserimento di appositi inviti a presentare manifestazioni di interesse all'interno degli strumenti di programmazione.

D.3) PROCEDURA RISTRETTA

Seguendo il ragionamento della Corte costituzionale, pure le modalità di espletamento della procedura ristretta nei contratti sottratti al campo di applicazione delle Direttive comunitarie soggiacciono alla disciplina, anche di dettaglio, posta dal Codice dei contratti e dalla relativa normativa regolamentare di attuazione. In tal senso, non può trovare applicazione l'istituto della forcella di cui all'art. 31, commi 3, 4 e 5 della L.R. 27/2003, poiché il Codice dei contratti ammette la forcella negli appalti di lavori unicamente per importi superiori a 40 milioni di euro (art. 62, comma 1, D. Lgs. 163/2006).

Per quanto attiene alla procedura ristretta semplificata, le disposizioni di cui all'art. 32 della legge regionale paiono invece conformi alla disciplina dettata dall'art. 123 del Codice dei contratti. Spettando peraltro allo Stato individuare la soglia entro la quale è giustificato il ricorso alla procedura in argomento, atteso che i parametri della proporzionalità e adeguatezza possono risultare compatibili anche con una normativa statale di dettaglio, il ricorso alla procedura ristretta semplificata appare ora ammesso esclusivamente per importi inferiori a 750.000,00 euro (art. 123 D. Lgs. 163/2006). Rimane ovviamente ferma la diversa soglia di 1.500.000,00 euro per i lavori pubblici relativi ai beni culturali (art. 204, comma 5, D. Lgs. 163/2006).

D.4) FINANZA DI PROGETTO

La L.R. 17/2007 ha inserito alcune modifiche intese a favorire il ricorso all'istituto della finanza di progetto, mediante l'introduzione di una nuova e semplificata procedura per la promozione degli interventi realizzabili con il concorso dei capitali privati (art. 44, nuovi commi 1 e 2, L.R. 27/2003). Vero è che la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile per eccessiva genericità la questione sollevata con riguardo alle disposizioni del Codice disciplinanti questa fase della finanza di

progetto. Dall'impostazione generale della sentenza in argomento, si evince tuttavia che la tematica della selezione delle proposte ricade nella materia "tutela della concorrenza", con conseguente prevalenza delle disposizioni statali disciplinanti l'istituto.

D.5) CONTRATTI DI SPONSORIZZAZIONE

L'art. 33 *bis* della L.R. 27/2003, inserito dalla L.R. 17/2007, delinea in termini generali la fattispecie del contratto di sponsorizzazione, fissando i criteri cui la Giunta regionale è tenuta ad attenersi nella definizione della disciplina di dettaglio. In proposito, si ritiene applicabile la statuizione normativa regionale, che diverrà operativa con l'approvazione del predetto provvedimento dell'esecutivo regionale. L'art. 33 *bis* appare infatti conforme ai principi sanciti dall'art. 26 del Codice dei contratti e comunque, salvo il rispetto delle regole di carattere generale fissate dal legislatore statale, il contratto di sponsorizzazione figura tra quelli sottratti dall'ambito di applicazione del Codice stesso.

D.6) AFFIDAMENTO A CONTRAENTE GENERALE O CONCESSIONARIO

L'assetto normativo regionale delineato dall'art. 62 della L.R. 27/2003, il cui ambito di operatività è comunque circoscritto ai lavori strategici di competenza regionale, non pare applicabile alla luce dei principi affermati dalla Corte costituzionale in tema di procedure di affidamento.

D.7) LEASING IN COSTRUIENDO

La normativa regionale in punto di locazione finanziaria finalizzata alla acquisizione e realizzazione di opere pubbliche costituisce una novità apportata dalla legge di riforma della L.R. 27/2003.

Anche nella legislazione statale il ricorso a questa particolare tipologia contrattuale ha trovato formale riconoscimento, solo di recente, con la L. 296/2006 (legge finanziaria 2007). Detta disciplina statale, poi codificata all'interno del D.Lgs. 163/2006 (art. 160 *bis*, inserito dal D.lgs. 113/2007), diverge in più parti con la regolamentazione dell'istituto dettata dall'art. 46 *bis* della legge regionale in materia di lavori pubblici.

Trattandosi di fattispecie palesemente riconducibile alla materia "tutela della concorrenza", non pare revocabile in dubbio la prevalenza della disciplina statale sulle statuizioni regionali. Ciò nonostante, giacché l'art. 46 *bis* della legge regionale si occupa anche di aspetti non affrontati dal legislatore statale, le disposizioni regionali non confliggenti con il Codice dei contratti ben potrebbero essere inserite nel bando di gara, acquisendo efficacia di *lex specialis*, previa verifica delle caratteristiche concrete dell'opera da acquisire e/o realizzare.

D.8) LAVORI IN ECONOMIA

La questione sollevata dalla Regione in punto di lavori in economia è stata dichiarata dalla Corte costituzionale inammissibile per eccessiva genericità della censura. In ogni caso, in sè considerata, la norma regionale (art. 29) risulta conforme alla vigente normativa statale.

E) FORME DI PUBBLICITÀ

Le censure regionali sulle disposizioni del Codice in materia di pubblicità sono state dichiarate inammissibili per eccessiva genericità.

Tuttavia la Corte si è comunque espressa nel merito della questione, affermando che le norme contestate, attenendo al procedimento di scelta del contraente, sono riconducibili alla materia della tutela della concorrenza.

Anche per tale aspetto, dunque, il peculiare atteggiarsi della trasversalità della materia nel settore degli appalti pubblici giustifica una disciplina uniforme statale di dettaglio, tanto nei contatti di rilevanza comunitaria, quanto in quelli sotto soglia. Ne segue che, nell'affidamento di lavori sotto soglia comunitaria, vanno osservate le forme di pubblicità previste dall'art. 122 del D.Lgs. 163/2006, nonché

le forme di pubblicità individuate dal Codice dei contratti per l'affidamento di servizi tecnici comportanti un compenso inferiore alla soglia comunitaria.

F) OFFERTE ANOMALE

Altra rilevante novità della L.R. 17/2007 è costituita dall'inserimento nel corpo della L.R. 27/2003 di un peculiare regime normativo dell'anomalia delle offerte presentate nell'ambito di procedure aperte o ristrette, indette per l'aggiudicazione col criterio del prezzo più basso di contratti pubblici di lavori di interesse regionale. La riforma ha sancito il principio dell'unicità del meccanismo di esclusione delle offerte anormalmente basse, previo contraddittorio con gli offerenti e sulla base delle giustificazioni prodotte, precludendo, per i lavori pubblici di interesse regionale, il meccanismo di esclusione automatica delle offerte che presentano ribassi eccessivi, consentito dall'art. 122, comma 9, del D.Lgs. 163/2006.

Vero è che, secondo il principio di diritto 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. Risulta pertanto giustificato l'intervento del legislatore statale *ex art. 117*, secondo comma, lett. e), Cost. Ciò conduce a ritenere prevalente la disciplina statale sulla diversa disciplina posta dall'art. 31 *bis* della legge regionale, nonostante sia indubbio che la scelta adottata nel 2007 dal legislatore regionale, imponendo alle stazioni appaltanti la verifica in contraddittorio delle offerte presunte anomale, fosse la più coerente con la disciplina comunitaria e con le esigenze di "tutela della concorrenza" assunte, dall'art. 117, secondo comma, della Costituzione, ad ambito materiale di competenza esclusiva dello Stato.

Pertanto recupera efficacia, anche per i lavori pubblici di interesse regionale, la disposizione del citato art. 122, comma 9, del Codice dei contratti, con ripristino della facoltà per le stazioni appaltanti di prevedere nel bando l'esclusione automatica delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia.

L'integrale applicazione della normativa statale anche nei contratti sotto soglia comporta altresì l'inapplicabilità della disposizione regionale che differisce la produzione delle giustificazioni ad un momento successivo a quello della presentazione delle offerte. Quando pertanto le stazioni appaltanti non si avvalgono della facoltà di esclusione automatica dell'offerta, il bando di gara, a termini del Codice dei contratti, deve esplicitare l'onere di produrre le giustificazioni a corredo dell'offerta stessa.

Per contro, non pare incompatibile con la riserva statale esclusiva in materia di "tutela della concorrenza" la costituzione dei Comitati provinciali di valutazione di congruità delle offerte anormalmente basse, i quali possono comunque fornire un utile supporto operativo alle stazioni appaltanti nell'attività di verifica dei ribassi eccessivi.

G) GARANZIE

La Corte costituzionale ha altresì affrontato e definito 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 specificato.

G.1) 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. Non appare pertanto applicabile la nuova forma di incentivazione individuata direttamente a livello legislativo, consistente nell'esonero dalla prestazione della cauzione provvisoria per i consorzi stabili, i consorzi tra imprese artigiane e i consorzi di cooperative di produzione e lavoro previsto dall'art. 26, comma 2, della L.R. 27/2003.

Le ulteriori forme di incentivazione a detti soggetti, la cui individuazione è demandata ad un apposito regolamento non paiono incompatibili con la disciplina degli appalti dettata dal Codice dei contratti.

I contenuti del regolamento emanato in attuazione della disposizione legislativa (reg. regionale 5 dicembre 2005, n. 1) sotto questo profilo, rispettano la vigente legislazione statale.

G.2) GARANZIA DEFINITIVA

Secondo la Corte costituzionale, le garanzie di esecuzione del contratto sono riconducibili all'“ordinamento civile”, ditalchè le garanzie contrattuali esigono un trattamento uniforme sull'intero territorio nazionale. Si applica pertanto la disciplina posta dall'art. 113 del Codice dei contratti (compresa la rinuncia del garante all'eccezione di cui all'art. 1957, secondo comma, c.c.) che prevale sulle disposizioni regionali ad esso difformi.

Nella fattispecie, non paiono applicabili:

- la disposizione che consente di prestare la cauzione definitiva anche in numerario (art. 30);
- la diversa percentuale di calcolo della garanzia prevista per i contratti sopra soglia (art. 30);
- la sanzione a carico dei fideiussori inottemperanti (art. 30);
- l'ulteriore garanzia contrattuale (art. 35);
- l'incremento percentuale della garanzia definitiva previsto agli articoli 41 e 42 della legge regionale.

G.3) POLIZZA DEI PROFESSIONISTI

Per le ragioni illustrate al precedente punto G.2), atteso che la polizza in argomento costituisce una garanzia contrattuale, non pare conforme alla disciplina del Codice dei contratti l'art. 8, comma 5 della L.R. 27/2003, ivi compresa l'agevolazione, prevista dall'ultimo periodo del medesimo comma 5, consistente nella possibilità per il professionista di prestare la garanzia mediante polizza generale di responsabilità civile professionale.

H) ULTERIORI ISTITUTI RELATIVI ALLA FASE DI ESECUZIONE DEL CONTRATTO

Nella sentenza 401/2007 la Consulta ha altresì sciolto il nodo della titolarità della competenza a normare alcuni istituti chiave collocabili nella fase di esecuzione del contratto d'appalto.

H.1) VARIANTI IN CORSO D'OPERA

Pur se la questione sollevata dalla Regione avverso l'art. 132 del Codice dei contratti è stata dichiarata inammissibile per eccessiva genericità, la Corte costituzionale ha affermato la stretta afferenza della disciplina delle varianti alla esecuzione del rapporto contrattuale e, dunque, la sua riconducibilità in via prevalente alla materia “ordinamento civile”, di competenza legislativa esclusiva dello Stato. Da tale principio deriva pertanto l'inapplicabilità della disciplina contenuta nell'art. 37 della L.R. 27/2003 e che prevede ipotesi di varianti in corso d'opera aggiuntive a quelle previste dall'art. 132 del D.Lgs. 163/2006.

H.2) SUBAPPALTO

In tema di subappalto, la Corte costituzionale 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. Alla luce della ricostruzione dell'istituto operata dalla Consulta, non risultano applicabili le disposizioni regionali (art. 38) contrastanti con la disciplina dettata dall'art. 118 del Codice dei contratti (percentuale di lavori della categoria prevalente

subappaltabile, modalità applicative della forma di autotutela prevista anche dal Codice dei contratti in caso di mancata presentazione delle fatture quietanzate relative ai pagamenti al subappaltatore, agevolazione riconosciuta, per lavori di importo inferiore a 150.000,00 euro, in caso di subappalto di parti di notevole contenuto tecnologico il cui valore non superi il 15% dell'importo dell'appalto).

H.3) FORME SEMPLIFICATE DI CONTABILITÀ, INTERESSI PER RITARDATO PAGAMENTO, AVVISO AI CREDITORI E REVISIONE PREZZI

La Corte costituzionale non ha avuto modo di entrare nel merito e di pronunciarsi sulla titolarità della potestà a legiferare su questi istituti, salvo il giudizio positivo sulla conformità a Costituzione dell'art. 4, comma 3, il quale, come noto, attrae nella sfera di competenza statale anche la contabilità dei lavori. Purtroppo, essendo indubbia la stretta connessione con la materia "ordinamento civile", non paiono residuare margini di intervento per il legislatore regionale. In tal senso, ragioni di coerenza sistematica inducono ad accordare prevalenza alla disciplina statale regolante le fattispecie in argomento in modo difforme da quella regionale.

H) ACCORDO BONARIO

La questione sollevata dalla Regione con riferimento ad alcuni profili di questa modalità di risoluzione delle controversie insorte in fase di esecuzione del contratto d'appalto è stata dichiarata inammissibile, in quanto non sufficientemente argomentata. Ciò nondimeno, il giudice delle leggi ha chiarito che la remunerazione dei componenti della commissione, nonché la sua composizione, sono oggetti riferibili alla materia "contenzioso", di potestà legislativa statale esclusiva. Da tale interpretazione costituzionale consegue l'inefficacia delle disposizioni di cui all'art. 43 della L.R. 27/2003.

L) OSSERVATORIO REGIONALE DEGLI APPALTI

Anche le questioni relative all'Osservatorio regionale sono state dichiarate inammissibili per eccessiva genericità. In ogni caso, secondo la Corte, i poteri di vigilanza sul mercato degli appalti rientrano nell'ambito della "tutela della concorrenza", sicché non risultano applicabili le disposizioni della legge regionale che prevedono ipotesi particolari di esonero dall'obbligo di effettuare le comunicazioni all'Osservatorio regionale, ipotesi peraltro mai divenute operative perché subordinate all'approvazione di uno specifico provvedimento della Giunta regionale.

M) REGIME TRANSITORIO

Per quanto attiene alla delimitazione temporale delle fattispecie disciplinate dalle disposizioni regionali delle quali si è accertata l'incompatibilità con la normativa statale, laddove quest'ultima è stata riconosciuta dalla Corte costituzionale fonte esclusiva di disciplina, il discrimine può essere rappresentato dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della sentenza n. 401/2007 (come più sopra ricordato si tratta della 1ª Serie Speciale - n. 46 del 28-11-2007).

In questa prospettiva, occorre distinguere tra istituti attinenti le procedure di affidamento e fattispecie collocabili nella fase di esecuzione del contratto.

M.1) PROCEDURE DI AFFIDAMENTO

Il Codice dei contratti si applica integralmente nei termini più sopra chiariti con riferimento alle gare il cui bando sia stato pubblicato successivamente alla pubblicazione della sentenza in argomento.

M.2) ESECUZIONE DEL CONTRATTO

Per quanto attiene agli istituti appartenenti alla fase esecutiva (varianti, subappalto, ecc.), 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. 27/2003 disciplinanti gli organi consultivi regionali, di quelle concernenti la localizzazione di opere pubbliche in difformità dagli strumenti urbanistici e l'approvazione dei progetti, delle disposizioni in materia di tutela e sicurezza dei lavoratori, salvo quanto chiarito in punto di determinazione della cauzione definitiva, delle disposizioni concernenti l'intervento finanziario della Regione, di quelle in materia di costruzioni in zone classificate sismiche e del regime transitorio relativo alle espropriazioni per pubblica utilità.

Resta infine inteso che le presenti istruzioni operative costituiscono indicazioni finalizzate a supportare le stazioni appaltanti nelle more della predisposizione di un disegno di legge di modifica della L.R. 27/2003.