



Presidente	Giancarlo Galan
V. Presidente	Luca Zaia
Assessori	Renato Chisso
	Giancarlo Conta
	Marialuisa Coppola
	Oscar De Bona
	Antonio De Poli
	Elena Donazzan
	Fabio Gava
	Massimo Giorgetti
	Renzo Marangon
	Flavio Tosi
	Stefano Antonio Valdegamberi
Segretario	Antonio Menetto

**Deliberazione della Giunta**n. **2155** del **04.07.2006**

OGGETTO: Prime linee guida sul coordinamento della 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" con il D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 "Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture in attuazione alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE".

L'Assessore alle Politiche dei Lavori Pubblici e Sport, Massimo Giorgetti, riferisce quanto segue.

Il 1° luglio u. s. è entrato in vigore il D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 "Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture in attuazione alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE", emanato in ottemperanza della delega al Governo, contenuta all'articolo 25, comma 1, della L. 62/2005, c.d. "Legge comunitaria 2004", ad adottare uno o più decreti legislativi volti a definire un quadro normativo finalizzato al recepimento ... delle direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE nel rispetto dei seguenti 4 principi e criteri direttivi:

1. compilazione di un unico testo normativo recante le disposizioni legislative in materia di procedure di appalto disciplinate dalle due direttive, coordinando anche le altre disposizioni in vigore nel rispetto dei principi del Trattato;
2. semplificazione delle procedure di affidamento che non costituiscono diretta applicazione delle normative comunitarie, finalizzata a favorire il contenimento dei tempi e la massima flessibilità degli strumenti giuridici;
3. conferimento all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, in attuazione della normativa comunitaria, dei compiti di vigilanza nei settori oggetto della presente disciplina;
4. adeguamento della normativa alla sentenza della corte di giustizia delle comunità europee del 7 ottobre 2004 nella causa c-247/02 (che censurava, nella legge 109/1994, il ricorso al solo criterio di aggiudicazione dei lavori al prezzo più basso).

Il predetto Codice dei contratti sostituisce ventinove tra leggi, decreti e regolamenti che regolavano la materia degli appalti, tanto al di sotto quanto al di sopra della soglia di applicazione delle direttive comunitarie, unificando in un unico testo normativo la disciplina riguardante i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Peraltro, il legislatore statale (delegato) non si è limitato a dare attuazione alla delega nei termini più sopra riportati, ma ha altresì definito a tale livello normativo (legislazione ordinaria), il quadro delle competenze normative statali e regionali (esclusiva statale, concorrente e residuale delle

Regioni e Province autonome) delineate dal Titolo V della Costituzione, nel settore degli appalti pubblici.

Nello specifico, il Codice dei contratti (art. 4, comma 2) ascrive alla potestà legislativa concorrente di cui all'art. 117, terzo comma, Cost.:

- la programmazione di lavori pubblici;
- l'approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi;
- l'organizzazione amministrativa;
- i compiti e requisiti del responsabile del procedimento e
- la sicurezza del lavoro.

Sono invece considerati dall'art. 4, comma 3, del decreto legislativo oggetti riferibili alla potestà legislativa esclusiva statale:

- la qualificazione e selezione dei concorrenti;
- le procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa;
- i criteri di aggiudicazione;
- il subappalto;
- i poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture;
- le attività di progettazione ed i piani di sicurezza;
- la stipulazione e l'esecuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell'esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative;
- il contenzioso.

Il predetto comma 3 dell'art. 4 precisa inoltre che *"resta ferma la competenza esclusiva dello Stato a disciplinare i contratti relativi alla tutela dei beni culturali, i contratti nel settore della difesa, i contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza relativi a lavori, servizi, forniture"*.

La scelta del Codice dei contratti di individuare tassativamente in apposita disposizione gli oggetti di potestà concorrente e di potestà esclusiva dello Stato, anche con riguardo ad aspetti dei quali è lecito dubitare la riconducibilità a siffatte potestà, appare in primo luogo in aperto contrasto con l'assetto delle competenze delineato dalla riforma del Titolo V della Costituzione, tanto è vero che per difendere le prerogative costituzionali della Regione, con provvedimento n. 1885 del 13 giugno 2006 la Giunta regionale ha deliberato l'autorizzazione a proporre ricorso contro 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. Con successiva deliberazione n. 2065 del 27 giugno u.s., il succitato provvedimento è stato integrato mediante l'individuazione specifica delle disposizioni del Codice dalle quali, in virtù del riparto di competenze operato dall'art. 4, potrebbe derivare in concreto una lesione alle attribuzioni legislative regionali.

Nell'immediato, peraltro, l'entrata in vigore dell'art. 4, volto a delineare l'assetto delle competenze regionali e statali nel settore degli appalti pubblici, determina un'oggettiva incertezza del quadro normativo di riferimento in materia di lavori pubblici, ponendo la delicata questione dell'impatto del Codice dei contratti sulla previgente legislazione regionale, nella fattispecie, la 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"*, con particolare riguardo agli ambiti di materie definiti di potestà esclusiva statale (art. 4, comma 3).

Sul piano operativo si appalesa in tal senso l'esigenza di fissare criteri oggettivi, di carattere interpretativo, per stabilire quando, in presenza di una medesima fattispecie disciplinata in modo difforme dalla L.R. 27/2003 e dal Codice dei contratti (es. in tema di procedura negoziata, di appalti di servizi di progettazione, di collaudo, ecc.), e riferibile agli oggetti elencati all'art. 4 del D.Lgs. 163/2006, continui a trovare applicazione la legge regionale e quando invece la norma regionale debba essere intendersi superata dalla norma statale sopravvenuta.

A tal fine, appare necessario in via preliminare compiere un'operazione ermeneutica finalizzata innanzitutto a ricostruire l'esatto significato da attribuire all'articolo 4 del D.Lgs. 163/2006 e, conseguentemente, a circoscrivere gli effetti derivanti dall'entrata in vigore del Codice dei contratti sotto il profilo della permanenza in vigore della normativa regionale in materia di lavori pubblici, in sintonia con il riparto delle attribuzioni legislative operato dall'art. 117 della Costituzione, secondo l'interpretazione e in conformità ai criteri sistematici elaborati dalla Corte costituzionale.

Come è noto, la materia dei "lavori pubblici di interesse regionale", a differenza della formulazione originaria dell'articolo 117 della Costituzione, che li collocava tra le materie di potestà legislativa concorrente, non compare in alcuno degli elenchi di cui ai commi 2 (potestà esclusiva statale) e 3 (potestà concorrente) del testo novellato del predetto articolo 117 Cost.

Nella sentenza n. 303/2003 la Corte costituzionale ha comunque escluso che da tale assenza possa evincersi la titolarità di una potestà residuale esclusiva delle Regioni in questo "ambito legislativo", interessato comunque da interventi "trasversali" del legislatore statale, in virtù delle sue competenze esclusive in materia di "ordinamento civile", "giurisdizione civile, penale e giustizia amministrativa" e "tutela della concorrenza".

Vero è però che gli interventi trasversali, da parte dello Stato, giustificati dalla riserva a suo favore nelle materie elencate all'art. 117, secondo comma, Cost., non possono comportare la consumazione della potestà legislativa regionale nei settori interessati da detti interventi statali, come per l'appunto l'ambito dei lavori pubblici.

Con specifico riguardo alla materia della "tutela della concorrenza", la Corte costituzionale ha affermato la necessità di individuare meccanismi per mantenere gli interventi statali nei limiti dello spirito della Costituzione, ed enucleato un criterio al quale si può riconoscere una valenza generale, allorché si assume che i vari strumenti di intervento devono essere "*disposti in una relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi*" (sent. n. 14 del 2004).

Se i parametri della proporzionalità e della ragionevolezza rappresentano dunque il criterio guida cui lo Stato è tenuto ad attenersi quando legifera su materie in grado di incidere trasversalmente su oggetti di competenza regionale, ne segue che il medesimo criterio diviene altresì un'indispensabile chiave di lettura tramite la quale interpretare le norme statali in senso aderente al dettato costituzionale.

Appare per ciò stesso sproporzionato ed irragionevole desumere l'ampiezza del divieto, posto alle Regioni dall'art. 4 del Codice dei contratti, di legiferare in modo difforme da quanto previsto dalle norme di legge statali, limitandosi ad un'interpretazione meramente letterale della disposizione in argomento tale da escludere qualsiasi residua potestà legislativa regionale.

Così come ampiamente argomentato nel summenzionato ricorso presentato alla Corte costituzionale dalla Regione Veneto, neppure il richiamo alla materia della "tutela della

concorrenza”, indiscutibilmente spettante allo Stato, può vincolare le Regioni con un insieme di norme, dettagliate ed eterogenee, tutte indiscriminatamente accomunate dal vincolo della inderogabilità.

Due sono, infatti, i principi che impediscono siffatta “abnorme” conclusione.

Il primo: i contratti relativi ai lavori pubblici, ai servizi e alle forniture “di interesse regionale” sono indiscutibilmente attribuiti alla competenza regionale.

Il secondo: la materia esclusiva statale della “tutela della concorrenza”, la cui disciplina può interferire con quella dei “contratti regionali”, presenta caratteri peculiari, ben delineati dalla giurisprudenza della Corte, e riassumibili nella massima per cui lo Stato non può espropriare del tutto le competenze regionali con norme estremamente dettagliate ed autoapplicative.

La tutela della concorrenza, invero, secondo la nozione ricostruita dal giudice delle leggi, costituisce sì *“una delle leve della politica economica statale e pertanto non può essere intesa soltanto in senso statico, ... ma anche in quell’accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali”*.

Ma proprio per ciò *“una dilatazione massima di tale competenza, che non presenta i caratteri di una materia di estensione certa, ma quelli di una funzione esercitabile sui più diversi oggetti, rischierebbe di vanificare lo schema di riparto dell’art. 117 Cost., che vede attribuite alla potestà legislativa residuale e concorrente delle Regioni materie la cui disciplina incide innegabilmente sullo sviluppo economico”*.

Si tratta allora di definire l’ambito di operatività della competenza legislativa statale attinente alla *“tutela della concorrenza”* e conseguentemente la legittimità dei relativi interventi statali, in sintonia con l’ampliamento delle attribuzioni regionali disposto dalla revisione del Titolo V della Carta fondamentale (Corte costituzionale, sent. 14/2004).

Soccorre a tal fine l’applicazione del criterio della *“proporzionalità-adequatezza”*, di cui la Corte costituzionale ha fatto applicazione in tema di affidamento dei servizi pubblici locali, ritenendo censurabili disposizioni statali tanto dettagliate da risultare ingiustificate e non proporzionate rispetto all’obiettivo della tutela della concorrenza, con conseguente illegittima compressione dell’autonomia regionale (Corte costituzionale, sent. 272/2004).

Il criterio della ragionevolezza induce inoltre a considerare separatamente le discipline relative ai contratti “sopra soglia” e a quelli “sotto soglia” comunitaria.

Per quanto riguarda i contratti “sopra soglia” comunitaria (pari o superiore, per i lavori pubblici, a euro 5.278.000; per le forniture ed i servizi - ivi compresi quelli relativi all’architettura e all’ingegneria, comunque connessi alla progettazione, direzione, supporto tecnico alla Stazione appaltante per la realizzazione di lavori pubblici - pari o superiori a euro 211.000) le finalità di tutela della concorrenza sono già assolte dalla normativa comunitaria, rispetto alla quale lo stesso legislatore nazionale, per i contratti di “propria” competenza, vede ridotti i margini dell’intervento legislativo: per i contratti di interesse regionale, quindi, una disciplina nazionale che si interponga tra quella comunitaria e quella regionale appare di regola sproorzionata rispetto al fine, salvi casi eccezionalissimi, che il legislatore statale ha l’onere di prospettare e di compiutamente dimostrare.

Si consideri che nello stesso ordine di idee si è mosso anche il Consiglio di Stato, con particolare riferimento alle “procedure di gara”, pur fatte rientrare nella tutela della concorrenza (paragrafo n. 3 del parere n. 355/2006).

Per i contratti “sotto soglia” comunitaria, nonostante una tendenziale uniformazione alla disciplina delle direttive, le esigenze di tutela della concorrenza appaiono attenuate, dovendo tutt’al più, in circostanze particolari, come ad es. l’affidamento di una concessione comportante un valore economico molto limitato, rispondere a “*condizioni di trasparenza che, senza necessariamente comportare un obbligo di fare ricorso ad una gara, siano, in particolare, tali da consentire a un’impresa avente sede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello della Repubblica italiana di aver accesso alle informazioni adeguate relative alla detta concessione prima che essa sia attribuita, di modo che tale impresa, se lo avesse desiderato, sarebbe stata in grado di manifestare il proprio interesse ad ottenere la detta concessione*” (Corte di giustizia, sent. 21 luglio 2005, causa C-231/2003).

Se si tengono contemporaneamente presenti le competenze regionali e i (limitati, nel senso precisato) poteri statali a tutela della concorrenza, l’unico modo per interpretare in termini di rispetto della Costituzione la previsione generale dell’art. 4, comma 3, è, pertanto, quello di limitare ai soli principi desumibili dalla normativa statale il vincolo derivante alle regioni nella potestà legislativa di competenza, con particolare riguardo alla necessità di assicurare, per gli affidamenti di importo inferiore alla soglia comunitaria, trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione.

I criteri interpretativi sopra illustrati appaiono in particolare riferibili, per quanto riguarda la L.R. 27/2003, alle disposizioni in tema di procedura negoziata, di affidamento di servizi di progettazione (integrate con le indicazioni operative contenute nella DGR n. 2119, del 2 agosto 2005), direzione lavori, validazione dei progetti e collaudo, di pubblicità, di lavori in economia, ecc. che si intendono pertanto ancora applicabili.

Inoltre, anche per i contratti di rilevanza comunitaria, non paiono sussistere valide ragioni per una totale compressione della potestà legislativa delle Regioni, laddove la norma regionale sia meramente specificativa di una disposizione della Direttiva, se non addirittura di una norma statale.

Non pare pertanto contrastare con una lettura restrittiva dell’articolo 4 del Codice dei contratti, la disciplina regionale per es. in materia di varianti in corso d’opera, di procedura negoziata, nei casi in cui sia consentita a prescindere dall’importo, di subappalto, ecc., ove si consideri tra l’altro che la L.R. 27/2003 non ha modificato l’impianto della legge nazionale quadro, ma si è limitata ad introdurre elementi di semplificazione e di adeguamento alle esigenze locali, assicurando la trasparenza, la celerità e l’efficienza dell’azione amministrativa.

Analoghe conclusioni inerenti l’applicabilità della L.R. 27/2003 anche a fronte dell’entrata in vigore del D.Lgs. 163/2003, possono essere formulate con riguardo agli ulteriori oggetti inclusi nell’elenco di cui all’art. 4, comma 3, ritenuti dal D.Lgs. 163/2006 di competenza esclusiva statale, non rilevanti sotto il profilo della tutela della concorrenza ma afferenti ad ulteriori materie accluse nell’elenco di cui all’art. 117, secondo comma, Cost.

Per quanto attiene in particolare alla riconducibilità delle attività comprendenti “la stipulazione e l’esecuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell’esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative” alla materia “ordinamento civile”, considerato che in queste attività sono presenti aspetti strettamente pubblicistici, non paiono infatti sussistere ostacoli ad una normativa di diritto pubblico regionale

intesa a regolare fattispecie che si inseriscono nella fase di esecuzione del contratto, senza quindi incidere sulla disciplina civilistica del rapporto negoziale.

Un'ulteriore questione da dirimere attiene alla applicabilità delle disposizioni della L.R. 27/2003 che riportano senza alcuna modificazione norme della L. 109/1994, ora innovate dal D.Lgs. 163/2006.

In proposito, la norma regionale deve intendersi superata dal Codice dei contratti esclusivamente laddove risulti oggettivamente la volontà del legislatore regionale di non discostarsi dalla disciplina posta dalla norma statale, in virtù della clausola di rinvio di cui all'art. 1, comma 2, della legge regionale quadro, in base alla quale "per quanto non diversamente disciplinato dalla presente legge, si applicano le disposizioni di cui alla normativa statale vigente in materia di lavori pubblici".

La succitata clausola di rinvio alle disposizioni statali, naturalmente, continua ad operare anche con riguardo ad istituti che sono regolati in modo non esaustivo dalla normativa regionale, che pertanto dovrà essere necessariamente integrata con le disposizioni del Codice dei contratti, previa verifica per l'appunto dell'assenza di una compiuta disciplina regionale della singola fattispecie.

Si propone pertanto di fornire alcune prime linee guida da seguire nell'individuazione della disciplina applicabile ai lavori pubblici di interesse regionale dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. 163/2006, nei termini più sopra riportati, riservandosi di intervenire ulteriormente con successive linee guida, stante la complessità della materia e l'imminente adozione di provvedimenti di rinvio e correttivi del Codice dei contratti stesso.

Il relatore conclude la propria relazione e propone all'approvazione della Giunta regionale il seguente provvedimento.

#### LA GIUNTA REGIONALE

UDITO il Relatore, incaricato dell'istruzione dell'argomento in questione ai sensi dell'articolo 33, secondo comma, dello Statuto, il quale dà atto che le Strutture regionali competenti hanno attestato l'avvenuta regolare istruttoria della pratica, anche in ordine alla compatibilità con la vigente legislazione statale e regionale;

VISTA la L.R. 27/2003;

VISTO il D.Lgs. 163/2006,

#### DELIBERA

- ❖ di fornire le indicazioni, in premessa illustrate, sulle modalità di coordinamento delle disposizioni della L.R. 27 novembre 2003, n. 27 "Disposizioni generali in materia di lavori pubblici di interesse regionale e per le costruzioni in zone classificate sismiche" con quelle del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 "Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture in attuazione alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE", nell'ambito di applicazione dell'articolo 4 del Codice dei contratti che opera il riparto di competenze tra legislatore statale e legislatore regionale nel settore degli appalti pubblici, al fine di assicurare uniformità di comportamenti delle stazioni appaltanti nell'individuazione della normativa applicabile ai lavori pubblici di interesse regionale.

- ❖ di disporre la integrale pubblicazione del presente provvedimento sul Bollettino Ufficiale della Regione del Veneto nonché sul sito Internet della Regione.

Sottoposto a votazione, il presente provvedimento risulta approvato con voti unanimi e palesi.

IL SEGRETARIO

Dr. Antonio Menetto

IL PRESIDENTE

Sen. Dr. Giancarlo Galan