

Unione Europea  
REPUBBLICA ITALIANA



*Regione Siciliana*  
ASSESSORATO DELLE INFRASTRUTTURE E DELLA  
MOBILITÀ

*L'Assessore*

Prot. n. **5375/Gab** Del **02/09/2015**

All. n.

**OGGETTO:** Rilievi del competente ministero in ordine alla L.R. n. 14/2015, pubblicata il 17 luglio 2015.

All'Ufficio Legislativo e Legale  
della Presidenza della Regione

Alla Segreteria Generale

e, p.c. Alla Presidenza della Regione  
Ufficio di Gabinetto

All'Assemblea Regionale Siciliana  
Segreteria Generale

In riferimento alla nota 31 agosto 2015 prot. n. 19235 dell'Ufficio Legislativo e Legale di pari oggetto, nonché alla nota 31 agosto 2015 prot. n. 40359 della Segreteria Generale della Regione che trasmette la richiesta di chiarimenti del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti competente per materia, preannunciando i rilievi sulla norma in oggetto specificata, si rappresentano le seguenti controdeduzioni.

Al fine di esplicitare chiaramente le argomentazioni a supporto della norma approvata dall'Assemblea Regionale Siciliana, le sopracitate controdeduzioni vengono trattate distinguendo gli aspetti dell'autonomia legislativa regionale da quelli concernenti gli aspetti tecnici del sistema di esclusione automatica.

#### **Estensione dell'autonomia legislativa regionale**

Preliminarmente, si ritiene opportuno evidenziare come la Presidenza del Consiglio abbia individuato quali disposizioni rilevanti nel caso che ci occupa l'art. 4, commi 2 e 3, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* [nel prosieguo: *Codice degli appalti*]). Tali disposizioni però, come precisato dalla stessa giurisprudenza citata nella nota in oggetto, esplicano il loro contenuto normativo nei confronti delle sole Regioni ordinarie.

In tali casi, ovvero quando il riparto di competenze Stato/Regioni è disciplinato dal Titolo V della Costituzione, le Regioni «sono legittimate a regolare, da un lato, quelle fasi procedurali che afferiscono a materie di propria competenza; dall'altro, i singoli settori oggetto della predetta procedura e rientranti anch'essi in ambiti materiali di pertinenza regionale. Questa Corte ha poi affermato che, «al fine di evitare che siano vanificate le competenze delle Regioni», è consentito che norme regionali riconducibili a tali competenze possano produrre "effetti proconcorrenziali", purché tali effetti "siano indiretti e marginali e non si pongano in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che tutelano e promuovono la concorrenza"» (sentenza n. 160 del 2009, che riprende, testualmente, le affermazioni della sentenza n. 431 del 2007; si vedano anche le sentenze n. 45 del 2010 e n. 322 del 2008).

Di contro, gli statuti speciali includono la materia «lavori pubblici» fra quelle di competenza legislativa esclusivo/primaria delle regioni ad Autonomia differenziata. Tale espressa «previsione di una competenza propria nella materia in questione e l'ampiezza della stessa sono tali da comportare una maggiore autonomia delle Province autonome così come delle Regioni a statuto speciale rispetto a quella assicurata alle Regioni a statuto ordinario dal novellato Titolo V, che, come già sottolineato, non contempla un ambito materiale, nel settore dei lavori pubblici, che possa considerarsi di competenza regionale» (sentenza n. 45 del 2010).

Questo certamente non significa che la legislazione regionale sia libera di esplicarsi senza alcun vincolo e che non possano trovare applicazione le disposizioni di principio contenute nel *Codice degli appalti*. Gli stessi statuti speciali, infatti, con disposizioni dal tenore analogo, stabiliscono che la potestà legislativa esclusivo/primaria regionale deve essere esercitata «in armonia con la Costituzione, con i principi generali dell'ordinamento giuridico della Repubblica, con le norme fondamentali delle riforme economico-sociali e con gli obblighi internazionali dello Stato».

I rapporti fra lo Stato e le Regioni speciali, con riferimento al riparto di competenze legislative in materia di appalti pubblici, trovano pertanto la loro disciplina nel comma 5 dell'art. 4 del d.lgs. n. 163 del 2006, il quale stabilisce che «le Regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione».

È in questa prospettiva che vengono allora in rilievo «i limiti derivanti dal rispetto dei principi della tutela della concorrenza, strumentali ad assicurare le libertà comunitarie, e dunque le disposizioni contenute nel Codice degli appalti pubblici, che costituiscono diretta attuazione delle prescrizioni poste a livello europeo» (sentenza n. 221 del 2010).

In particolare, le disposizioni del *Codice degli appalti* «per la parte in cui sono correlate all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., ed alla materia "tutela della concorrenza", vanno, infatti, "ascritte, per il loro stesso contenuto d'ordine generale, all'area delle norme fondamentali di riforme economico-sociali, nonché delle norme con le quali lo Stato ha dato attuazione agli obblighi internazionali nascenti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea"» (sentenza n. 184 del 2011, si veda anche sentenza n. 144 del 2011).

È sulla base di tali indicazioni che deve leggersi l'art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 163 del 2006, il quale «impone anche alle Regioni ad autonomia speciale (in assenso di norme statutarie attributive di competenze nelle materie cui afferiscono le norme del Codice dei contratti) di conformare la propria legislazione in materia di appalti pubblici a quanto stabilito dal Codice stesso» (sentenza n. 411 del 2008).

L'obbligo di conformarsi non può certamente tradursi, come asserito dalla Presidenza del Consiglio, in un regime per cui le Regioni speciali "non possono prevedere una disciplina diversa da quella del codice", pena il totale svuotamento della competenza legislativa regionale di tipo

esclusivo/primaria. Ne consegue che la potestà legislativa in questa specifica materia *«deve essere esercitata»* seppur nel rispetto dei limiti previsti dallo statuto di autonomia (sentenza n. 45 del 2010).

In conclusione sul punto, la Regione Siciliana, nel dettare norme in materia di lavori pubblici di interesse regionale, *«è legittimato a disciplinare il settore, ma, nell'esercizio di tale specifica competenza legislativa, deve rispettare i limiti fissati dallo statuto speciale»* (sentenza n. 45 del 2010).

In questa prospettiva, vengono in considerazione i limiti derivanti dal rispetto dei principi della tutela della concorrenza, strumentali anche ad assicurare le libertà comunitarie, e dunque le disposizioni contenute nel Codice degli appalti pubblici, che costituiscono diretta attuazione delle prescrizioni poste a livello europeo. In tale ambito, la disciplina regionale non può avere un contenuto tale da *«alterare negativamente il livello di tutela assicurato dalla normativa statale»* (sentenza n. 221 del 2010).

### **Disciplina del sistema di esclusione automatica delle offerte anomale**

Con specifico riferimento alla disciplina del criterio del prezzo più basso e del sistema di esclusione automatica delle offerte anomale, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 114 del 2011, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una disciplina regionale, la quale non aveva previsto che non si potesse disporre l'esclusione automatica quando il numero delle offerte ammesse fosse inferiore a dieci, in quanto *«idonea a incidere negativamente sul livello della concorrenza, che deve essere garantito agli imprenditori operanti nel mercato»*.

La Corte perviene a tale decisione sulla base del presupposto che anche le Regioni a statuto speciale e le Province autonome seppur titolari di competenza legislativa primaria/esclusiva nella materia dei lavori pubblici di interesse regionale *«non possono stabilire al riguardo una disciplina suscettibile di alterare le regole di funzionamento del mercato»* (sent. 184 del 2011, in senso conforme sentenze n. 221 del 2010 e n. 45 del 2010).

In particolare, per quel che ci occupa, il carattere strumentale rispetto alla tutela della concorrenza è stato affermato con riguardo alle norme aventi ad oggetto la disciplina delle offerte anomale (cfr., sentenze 184 del 2011, n. 411 del 2008 e n. 320 del 2008), anche se relative agli appalti sotto la soglia di rilevanza comunitaria.

In conclusione, in forza del limite costituzionale ed europeo della tutela della concorrenza sono vietate le discipline regionali che prevedano una più ampia area di applicabilità della regola dell'esclusione automatica.

Giova altresì rilevare come l'art. 25, comma 7, della legge regionale Valle d'Aosta 20 giugno 1996, n. 12, recante Legge regionale in materia di lavori pubblici, nel testo risultante a seguito della modifiche introdotte dall'art. 24 della legge regionale Valle d'Aosta 5 agosto 2005, n. 19, stabilisca un meccanismo di aggiudicazione aleatoria analogo a quello previsto dalla legge regionale in oggetto.

La disposizione in oggetto ha infatti modificato il criterio di aggiudicazione degli appalti in riferimento ai lavori sotto soglia comunitaria e il meccanismo per l'individuazione dell'offerta anomala, introducendo una variabile aleatoria, quale la prima cifra dopo la virgola della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi. In questo modo si annulla l'effetto divergente, quindi verso ribassi sempre crescenti, della normativa vigente e, allo stesso tempo, si rende incontrollabile il valore della soglia di anomalia proprio grazie all'uso di una variabile aleatoria.

Grazie a questo intervento è, pertanto, possibile ridurre gli accordi collusivi fra le imprese – e quindi in violazione dei principi di libera concorrenza – in quanto, le stesse, non potranno utilizzare

dati statistici ai fini dell'indicazione del ribasso, ma dovranno formulare l'offerta sulla base di un'attenta analisi del progetto e dei costi sostenibili in base alla propria organizzazione imprenditoriale.

D'altro canto, si deve evidenziare che la disposizione in esame – analogamente all'art. 86 del Codice – prevede che per il calcolo della soglia anomala si prenda come parametro di riferimento «la media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso»

Tale valore, secondo la legislazione nazionale, deve essere sempre incrementato di una grandezza pari allo «scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media».

Di contro, secondo la proposta in esame il valore base dato dalla media dei ribassi al netto dei valori marginali potrà essere in alcuni casi aumentato, in altri diminuito, ovvero mantenuto sulla base dell'operare della variabile aleatoria.

Nel merito all'aspetto strettamente tecnico, l'osservazione del Ministero che testualmente si riporta «*Difatti, la soglia di anomalia, ai fini della esclusione automatica, non viene più individuata in applicazione dei criteri univoci e di valore economico indicati all'articolo 86 del Codice dei contratti pubblici, bensì attraverso un meccanismo che, in sostanza, ne determina in modo casuale la variazione in aumento o in diminuzione. Ciò, con la conseguenza di determinare una sostanziale variazione del numero delle offerte escluse automaticamente rispetto all'esclusione automatica che deriverebbe dall'applicazione del predetto articolo 86 del codice*», non è aderente alle disposizioni introdotte dalla norma.

Ed infatti la disposizione oggetto di rilievo, non varia il numero delle offerte escluse automaticamente “cd. taglio delle ali”, poiché il primo capoverso dell'articolo 19 comma 6bis è identico a quella della incontestata stesura previgente (cfr. articolo 19 comma 6).

La modifica interviene soltanto nella determinazione della soglia di anomalia che:

- nel rispetto delle disposizioni dell'articolo 86 risulta sempre di valore maggiore della media aritmetica determinata;
- secondo le disposizioni introdotte decrementa o incrementa la media aritmetica determinata.

Quanto sopra, è opportuno sottolineare, introduce una aleatorietà nella individuazione della soglia di anomalia che contrasta il fenomeno di accordi collusivi fra i concorrenti c.d. cordate.

Pertanto, l'intervento normativo regionale si giustifica in ragione delle specificità che caratterizzano il contesto economico siciliano.

Come evidenziato dal Capo del III Reparto Operazioni del Comando generale della Guardia di Finanza, nell'audizione del 23 febbraio 2015 dinanzi all'ottava Commissione permanente del Senato della Repubblica, fra i fenomeni che incidono negativamente sulla fase di aggiudicazione delle commesse è possibile individuare «lo sviamento dal regolare evolversi delle procedure d'appalto attraverso la costituzione di cartelli preventivi tra imprese».

Come è noto fra le pratiche anticoncorrenziali vanno ricompresi i cartelli e le intese restrittive della concorrenza vietati dall'art. 2 della legge n. 287 del 1990 e dall'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

La nuova disciplina introdotta dalla legge regionale, nel limitare la possibilità di accordi collusivi fra le imprese, produce «effetti pro-concorrenziali» pertanto compatibili con gli obiettivi posti dalle norme statali.

Nello stesso solco di garantire, per la specificità della regione siciliana, che non intervengano flussi finanziari di dubbia provenienza sugli appalti, è stata introdotta la disposizione di allegare all'offerta le giustificazioni, ove il ribasso formulato superi il 25% (tale soglia rappresenta l'aliquota per spese generali ed utile impresa che incrementa il costo della lavorazione).

In conclusione, non appaiono condivisibili i dubbi in ordine alla legittimità costituzionale della legge regionale 10 luglio 2015, n. 14, recante "Modifiche all'articolo 19 della legge regionale 12 luglio 2011, n. 12", e, in particolare, del criterio di determinazione della soglia di anomalia in essa previsto per contrasto con l'art. 117, comma 2, lett. e), della Costituzione, in quanto:

- la Regione dispone di potestà legislativa esclusiva da esercitare nel rispetto dei limiti previsti dallo statuto speciale;

- la legge regionale introduce meccanismi pro-concorrenziali, riducendo la possibilità che si realizzino accordi collusivi fra le imprese, vietati dalla legislazione nazionale ed Europea in materia *antitrust*;

- la soglia di anomalia che produce l'esclusione automatica viene comunque determinata in una misura minore rispetto a quella che sarebbe risultata incrementando il valore base dello scarto aritmetico medio, come previsto dal codice degli appalti e pertanto non è in grado di «*alterare negativamente il livello di tutela assicurato dalla normativa statale*».

Tanto si rappresenta in ordine ai rilievi sulla norma in oggetto specificata per quanto di competenza.

L'Assessore  
Giovanni Battista Pizzo  
Firmato