

SENTENZA N. 184

ANNO 2011

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Paolo MADDALENA; Giudici : Alfio FINOCCHIARO, Alfonso QUARANTA, Franco GALLO, Luigi MAZZELLA, Gaetano SILVESTRI, Sabino CASSESE, Giuseppe TESAURO, Paolo Maria NAPOLITANO, Giuseppe FRIGO, Alessandro CRISCUOLO, Paolo GROSSI, Giorgio LATTANZI,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nei giudizi di legittimità costituzionale dell'articolo 20, commi 8 e 9, della legge della Regione Sardegna 7 agosto 2007, n. 5 (Procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, in attuazione della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 e disposizioni per la disciplina delle fasi del ciclo dell'appalto), promossi dal Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna con ordinanze del 17 febbraio e del 2 aprile 2010, iscritte ai nn. 167 e 204 del registro ordinanze 2010 e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica nn. 23 e 28, prima serie speciale, dell'anno 2010.

Visto l'atto di costituzione della C. Masia Prefabbricati in cemento s.n.c.;

udito nell'udienza pubblica del 10 maggio 2011 e nella camera di consiglio dell'11 maggio 2011 il Giudice relatore Giuseppe Tesauro;

udito l'avvocato Eulo Cotza per la C. Masia Prefabbricati in cemento s.n.c.

Ritenuto in fatto

1. - Il Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, con due distinte ordinanze del 17 febbraio 2010 (r.o. n. 167 del 2010) e del 2 aprile 2010 (r.o. n. 204 del 2010), ha, sollevato, rispettivamente, questione di legittimità costituzionale dei commi 8 e 9 dell'articolo 20 della legge della Regione Sardegna 7 agosto 2007, n. 5 (Procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, in attuazione della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 e disposizioni per la disciplina delle fasi del ciclo dell'appalto), in riferimento agli articoli 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione e 3, lettera e), della legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 3 (Statuto speciale per la Sardegna).

2. - Nel giudizio introdotto dall'ordinanza r.o. n. 167 del 2010, la Idrotecnica s.r.l., in persona del legale rappresentante, ha chiesto l'annullamento del verbale di gara del 2 ottobre 2009 (proponendo anche domanda cautelare), nella parte in cui è stata esclusa in modo automatico dalla

gara indetta per l'affidamento dei lavori consistenti in «Interventi nell'agglomerato industriale di Ottana - Stabilimento ex Enichem Rifacimento rete idrica antincendio - Rifacimento parte fognatura nera - Sistemazione canale di guardia - Sistemazione viabilità interna» e, contestualmente, l'appalto è stato provvisoriamente aggiudicato ad un'altra concorrente, nonché di ogni atto connesso, collegato, precedente, presupposto e consequenziale. In particolare, ha impugnato: il bando ed il disciplinare di gara dell'8 settembre 2009, nella parte in cui stabiliscono che «si procederà all'esclusione automatica - ai sensi dell'art. 20, comma 8 della l.r. 7 agosto 2007, n. 5 - dalla gara delle offerte che presentino una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art. 86, comma 1» del decreto legislativo 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); l'eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Il Consorzio Industriale Provincia di Nuoro (ente di diritto pubblico, disciplinato dalla legge della Regione Sardegna del 25 luglio 2008, n. 10), con il bando impugnato, emanato in data 8 settembre 2009: ha indetto una procedura aperta per l'esecuzione dei lavori sopra indicati, per il complessivo importo di € 1.930.000 oltre Iva (di cui € 1.900.000 per lavori, soggetti a ribasso, ed € 30.000 per l'attuazione dei piani di sicurezza, non soggetti a ribasso d'asta); ha fissato quale criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso mediante ribasso sull'importo dei lavori posto a base di gara, al netto degli oneri per l'attuazione dei piani di sicurezza; ha previsto l'applicabilità della legge della Regione Sardegna n. 5 del 2007. Il disciplinare di gara ha previsto l'esclusione delle offerte anomale «in modo automatico», disponendo: a) la gara «sarà aggiudicata con il criterio del prezzo più basso, inferiore a quello posto a base di gara, al netto degli oneri per l'attuazione dei piani di sicurezza, determinato [...] mediante ribasso sull'elenco prezzi posto a base di gara»; b) «si procederà all'esclusione automatica - ai sensi dell'articolo 20 comma 8 della l.r. n. 5/2007 - dalla gara delle offerte che presentino una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 86, comma 1» del d.lgs. n. 163 del 2006.

L'ordinanza di rimessione espone che sono state ammesse alla gara 112 offerte; la Commissione di gara, calcolata la media aritmetica dei ribassi percentuali delle offerte ammesse, ha dato atto dell'esclusione automatica delle offerte superiori alla soglia dell'anomalia, corrispondenti a quelle inserite dal n. 77 al n. 112. La ricorrente, esclusa «in modo automatico», in applicazione della norma regionale censurata, poiché ha offerto un ribasso superiore alla soglia di anomalia, ha impugnato gli atti sopra indicati, deducendo, tra l'altro, l'illegittimità della clausola del disciplinare di gara recante la regolamentazione dell'esclusione automatica, in quanto violerebbe l'art. 122, comma 9, del d.lgs. n. 163 del 2006, nel testo modificato dal decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152 (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).

Il TAR precisa, altresì, che, con decreto presidenziale del 9 novembre 2009, è stata accolta la domanda cautelare e, con ordinanza del 18 novembre 2009, è stata disposta la sospensione degli atti impugnati, «al fine di evitare l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto».

2.1. - Posta questa premessa, il giudice censura l'art. 20, comma 9 (recte: articolo 20, comma 8), della legge della Regione Sardegna n. 5 del 2007, deducendo che la «esclusione automatica» delle offerte anomale è diversamente disciplinata dalle norme statali e regionali.

L'art. 122, comma 9, del d.lgs. n. 163 del 2006, nel testo modificato dal d.lgs. n. 152 del 2008, nella parte d'interesse nel giudizio principale, dispone, infatti, che «per lavori d'importo inferiore o pari a 1 milione di euro 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», e, quindi, rende ammissibile l'esclusione automatica esclusivamente nel caso in cui l'importo dei lavori sia inferiore ad un milione di euro.

L'art. 20, comma 8, della legge regionale in esame non prevede, invece, un'ulteriore sotto soglia rispetto a quella comunitaria, stabilendo che «per gli appalti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alla soglia comunitaria, le stazioni appaltanti possono prevedere nel bando la procedura di esclusione automatica delle offerte risultate anomale in seguito all'applicazione del meccanismo di cui al comma 7».

Secondo il TAR, sussisterebbe una discrasia della disciplina dell'esclusione automatica delle offerte in riferimento alle procedure relative alla «particolare forcilla» da 1 milione a 5.150.000,00 di euro (rilevante nel caso in esame, poiché l'importo dei lavori posto a base di gara ascende ad € 1.930.000,00, oltre IVA), in quanto detta esclusione sarebbe vietata dal citato art. 122, comma 9, e consentita dalla norma regionale censurata. Siffatta antinomia non ha costituito oggetto della sentenza di questa Corte n. 411 del 2008, che ha scrutinato molteplici norme della legge regionale in questione, poiché è sopravvenuta a detta pronuncia, in quanto è conseguita alla modifica della norma statale operata dal d.lgs. n. 152 del 2008.

2.2. - Ad avviso del giudice a quo, la circostanza che il legislatore comunitario permette una disforme regolamentazione dei contratti sotto soglia non implica l'ammissibilità della disomogeneità in ambito nazionale della disciplina dell'esclusione automatica. La scelta del legislatore statale di limitare l'esclusione automatica ai contratti di importo inferiore ad un milione di euro vincolerebbe, infatti, le Regioni, pena «la lesione del principio di omogeneità nei “criteri di selezione dei concorrenti” imposto a livello statale (come competenza esclusiva dello Stato)». Il citato art. 20, comma 8, violerebbe, quindi, l'art. 3, lettera e), dello statuto regionale e l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., poiché stabilisce una disciplina disforme da quella recata dalla disposizione statale, a cui avrebbe dovuto, invece, «adeguarsi, conformandosi all'art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 163 del 2006, in materie “riservate alla legislazione statale”, quale la tutela della concorrenza».

Il rimettente ricorda che questa Corte, con la sentenza n. 411 del 2008, ha affermato che la disciplina della scelta del contraente, anche nelle Regioni a statuto speciale, deve essere uniforme e coordinata, in virtù della «prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa», in relazione a tutti gli elementi riconducibili alla competenza «esclusiva statale», esercitata con le norme recate dal d.lgs. n. 163 del 2006. Siffatto principio, secondo il TAR, concernerebbe anche l'identificazione dei casi di ammissibilità dell'esclusione automatica del concorrente, poiché le Regioni a statuto speciale, in virtù dell'art. 4, comma 5, di detto d.lgs. «hanno il generale obbligo di tempestivo adeguamento della propria legislazione di settore pure in ipotesi di modifiche successivamente emanate dallo Stato». Il citato art. 4 stabilisce, infatti, che le Regioni: esercitano la propria competenza legislativa nell'osservanza delle disposizioni concernenti le materie di competenza esclusiva (comma 1); non possono prevedere una disciplina diversa da quella del d.lgs. n. 163 del 2006, in riferimento, tra l'altro, alla «selezione dei concorrenti, alle procedure di affidamento e ai criteri di aggiudicazione» (comma 3); nelle materie spettanti alla competenza legislativa concorrente o esclusiva delle stesse le disposizioni di detto d.lgs. si applicano qualora non sia ancora in vigore la normativa regionale di attuazione, perdendo efficacia a decorrere dalla data di entrata in vigore di quest'ultima (comma 4). Infine l'art. 4, comma 5, di detto decreto legislativo dispone 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».

In definitiva, ad avviso del giudice a quo, l'esclusione automatica della ricorrente è stata disposta in virtù di una direttiva del bando di gara che ha dato applicazione al citato art. 20, comma 8, recante una norma costituzionalmente illegittima, in quanto il legislatore regionale non ha provveduto ad adeguarla all'art. 122, comma 9, del d.lgs. n. 163 del 2006, nel testo modificato dal d.lgs. n. 152 del 2008. L'esclusione "automatica" non avrebbe, quindi, potuto essere disposta e, comunque, la norma regionale censurata avrebbe impedito alla ricorrente di avvalersi della facoltà di instaurare il contraddittorio, previa richiesta da parte della stazione appaltante delle giustificazioni in ordine all'offerta, privandola della possibilità di rimanere in gara. La questione di legittimità costituzionale sarebbe, infine, rilevante, poiché la stazione appaltante ha disciplinato la gara, facendo applicazione del citato art. 20, comma 8, e, quindi, qualora esso non sia dichiarato costituzionalmente illegittimo, l'atto impugnato sarebbe incensurabile.

3. - Il giudizio promosso dall'ordinanza r.o. n. 204 del 2010 ha ad oggetto l'impugnazione di alcuni atti relativi alla gara indetta dal Comune di Decimomannu, con bando del 23 aprile 2009, per la costruzione di 160 loculi nel cimitero comunale, aggiudicata alla Edilizia Loi di Loi Fabrizio & C. s.n.c., dalla quale è stata esclusa la C. Masia, Prefabbricati in cemento, s.n.c., a causa dell'anomalia dell'offerta. A fronte di un importo a corpo, a base d'asta, al netto degli oneri per la sicurezza, di € 77.250,00, il ribasso offerto dalla società esclusa era stato, infatti, pari al 16,52 %, mentre la società aggiudicataria ha offerto un ribasso pari al 14,145 %. La ricorrente ha impugnato i provvedimenti di esclusione dalla gara e di aggiudicazione ad altra concorrente, formulando due motivi di censura.

Nel giudizio principale si è costituito il Comune di Decimomannu, chiedendo il rigetto della domanda ed eccependo la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla parte.

3.1. - Posta questa premessa, il TAR censura il citato art. 20, comma 9, ritenendo rilevante la questione di legittimità costituzionale, in quanto reputa infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso proposta dal Comune di Decimomannu, sul rilievo che la parte attrice non avrebbe impugnato il bando di gara. A suo avviso, anche senza considerare che la ricorrente ha depositato entro il termine di decadenza un atto di integrazione dei motivi di impugnazione, dal ricorso si evincerebbe che la società ha inteso impugnare anche il bando di gara. Inoltre, neppure risulterebbe violato l'onere di immediata impugnazione di quest'ultimo, configurabile soltanto «con riferimento alle clausole riguardanti requisiti soggettivi di ammissione o contemplanti oneri di partecipazione manifestamente incomprensibili oppure del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della gara», mentre la partecipazione alla gara e la presentazione dell'offerta nelle forme imposte dal bando non implicherebbero acquiescenza, né precluderebbero la successiva impugnazione di tale atto.

La questione di legittimità costituzionale sarebbe, poi, rilevante, poiché dagli atti risulta che, «fatta salva la verifica di congruità, il ribasso offerto dalla ditta C. Masia prefabbricati era il più elevato» e che erano state ammesse alla gara soltanto cinque offerenti, quindi in un numero inferiore alla soglia prevista dall'art. 122, comma 9, del d.lgs. n. 163 del 2006, sicché la sua eventuale fondatezza comporterebbe l'accoglimento del ricorso.

3.2. - Nel merito, secondo il giudice a quo, l'art. 122, comma 9, del d.lgs. n. 163 del 2006, a seguito della modifica disposta dal d.lgs. n. 152 del 2008, stabilisce, per gli appalti di lavori di importo inferiore o pari ad un milione di euro, che, «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», disponendo che, «comunque, la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile

quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci». Pertanto, detta norma, nel testo vigente all'epoca della pubblicazione del bando di gara, prevedrebbe «un residuo utilizzo della facoltà di esclusione automatica delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia», vietando l'esclusione automatica, qualora le offerte ammesse siano inferiori al numero di dieci.

L'art. 20, comma 9, della legge della Regione Sardegna n. 5 del 2007 dispone, invece: «qualora il numero delle offerte ammesse sia inferiore a cinque, non si applica [...] l'esclusione automatica di cui al comma 8. In tal caso, le amministrazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni offerta che appaia in base ad elementi specifici anormalmente bassa». Dunque, secondo il TAR, in virtù dell'art. 122, comma 9, del d.lgs. n. 163 del 2006, «nel testo oggi applicabile», nel bando di gara non potrebbe essere prevista la facoltà di esclusione automatica dell'offerta, qualora il numero delle offerte ammesse sia inferiore a dieci.

3.3. - Ad avviso del rimettente, questa Corte, con la sentenza n. 411 del 2008, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di numerose norme della legge della Regione Sardegna n. 5 del 2007, giudicate in contrasto con l'art. 3, lettera e), dello statuto regionale, ribadendo che la disciplina degli appalti pubblici include diversi «ambiti legislazione» che «si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono». Siffatta disciplina è caratterizzata da un'interferenza fra materie di competenza statale e materie di competenza regionale e dalla «prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa» (sentenza n. 401 del 2007) in relazione agli oggetti riconducibili alla competenza esclusiva statale, esercitata con le norme recate dal d.lgs. n. 163 del 2006. Inoltre, la giurisprudenza costituzionale ha ricondotto la disciplina delle procedure di gara (in particolare, la regolamentazione della qualificazione e della selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione) alla tutela della concorrenza, in quanto strumentale a garantire la piena apertura del mercato nel settore degli appalti, con conseguente spettanza allo Stato del potere di stabilire anche una disciplina di dettaglio (sentenza n. 430 del 2007). Pertanto, l'art. 4, comma 5, 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», dovrebbe essere interpretato alla luce dei siffatti principi, con la conseguenza che la Regione sarebbe tenuta a conformare la propria legislazione in materia di appalti pubblici alle norme contenute in detto decreto legislativo. In ogni caso, secondo il TAR, benché l'art. 3, lettera e), dello statuto regionale attribuisca alla Regione Sardegna competenza legislativa primaria nella materia «lavori pubblici di interesse regionale», alla stessa non potrebbero essere ricondotte le norme relative alle procedure di gara, oggetto del d.lgs. n. 163 del 2006, al quale il legislatore regionale è tenuto ad adeguarsi.

La Regione Sardegna avrebbe, invece, disciplinato ambiti «già espressamente ricondotti» alla materia «tutela della concorrenza» - evocabile in relazione alla norma censurata - «dettando una disciplina conforme rispetto a quella stabilita dal legislatore statale con il d.lgs. n. 163 del 2006 e successive modifiche, nell'esercizio delle proprie competenze esclusive». Il citato art. 20, comma 9, ampliando le ipotesi di esclusione automatica delle offerte anomale oltre i casi previsti dal d.lgs. n. 163 del 2006, si porrebbe, quindi, in contrasto con «la finalità di fondo del procedimento ad evidenza pubblica, informato alle regole della concorrenza e, pertanto, oggetto esclusivo dell'intervento statale anche di dettaglio ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.». La disciplina del procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte concernerebbe, infatti, la materia «tutela della concorrenza» e, quindi, la Regione non potrebbe prevedere una regolamentazione conforme da quella stabilita dal legislatore statale.

4. - Nel giudizio davanti alla Corte si è costituita la C. Masia, Prefabbricati in cemento, s.n.c. (infra: Società), in persona del legale rappresentante, chiedendo che la questione sia accolta.

La parte, dopo avere sintetizzato le vicende concernenti il giudizio principale e riportato ampi brani dell'ordinanza di rimessione e della sentenza di questa Corte n. 411 del 2008, deduce che i principi enunciati in tale pronuncia sarebbero stati confermati dalla sentenza n. 45 del 2010, secondo la quale alle Province autonome ed alle Regioni a statuto speciale spetta una maggiore autonomia nella materia «lavori pubblici», attribuita dagli statuti regionali alla competenza legislativa primaria delle stesse. La potestà legislativa primaria della Regione Sardegna nella materia «lavori pubblici di esclusivo interesse della Regione» (art. 3, lettera e, dello statuto) implicherebbe, quindi, una autonomia maggiore rispetto a quella spettante alle Regioni a statuto ordinario, ferma l'applicabilità delle disposizioni di principio contenute nel d.lgs. n. 163 del 2006.

Nel caso in esame assumerebbero rilievo le argomentazioni svolte in detta sentenza, con le quali questa Corte, in primo luogo, ha sottolineato che tra gli obblighi internazionali che la Regione è tenuta a rispettare rientrano i principi del diritto comunitario e le disposizioni del Trattato istitutivo della Comunità europea, quindi anche quelle in tema di concorrenza, dato che la nozione di concorrenza posta dall'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. riflette quella stabilita in ambito comunitario. In secondo luogo, ha ricondotto alla “tutela della concorrenza” le norme che, nel settore degli appalti, mirano ad evitare comportamenti delle imprese idonei ad alterare le regole della concorrenza ed a garantire la liberalizzazione dei mercati, quali, in particolare, quelle concernenti la disciplina della fase prodromica alla stipulazione del contratto.

La sentenza n. 45 del 2010 ha, quindi, affermato che le norme regionali difformi dalla disciplina stabilita in ambito comunitario violano il diritto dell'Unione europea e «le corrispondenti normative statali adottate nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva prevista dall'art. 117, secondo comma, lettera e)», Cost. In definitiva, l'attribuzione di una maggiore autonomia non escluderebbe l'obbligo della Regione di osservare le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 163 del 2006, che costituiscono diretta attuazione delle prescrizioni poste a livello europeo.

Secondo la Società, potrebbe dubitarsi dell'adeguatezza delle argomentazioni svolte nell'ordinanza di rimessione rispetto al fine di dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma censurata in riferimento agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., in quanto tali parametri non sono stati evocati, e ritenersi che le disposizioni statali stabilite a tutela della concorrenza possono vincolare la Regione esclusivamente quando corrispondano a principi di riforma economico-sociale ed agli obblighi internazionali. Nondimeno, questa Corte, sin dalla sentenza n. 482 del 1995, ha affermato che le disposizioni della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (Legge quadro in materia di lavori pubblici), nella parte in cui sono dirette a garantire l'omogeneità e la trasparenza delle procedure, l'uniforme qualificazione dei soggetti e la libera concorrenza degli operatori in un mercato senza restrizioni regionali costituiscono norme fondamentali di riforma economico-sociale, che la Regione Sardegna è tenuta ad osservare.

5. - All'udienza pubblica, la parte costituita nel giudizio ha insistito per l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale.

Considerato in diritto

1. - Il Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, con due distinte ordinanze, dubita, rispettivamente, della legittimità costituzionale dei commi 8 e 9 dell'articolo 20 della legge della Regione Sardegna 7 agosto 2007, n. 5 (Procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, in attuazione della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 e disposizioni per la disciplina delle fasi del ciclo dell'appalto), in riferimento agli articoli 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione e 3, lettera e), della legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 3 (Statuto speciale per la Sardegna).

2. - I commi 8 e 9 del citato art. 20 hanno ad oggetto due distinti aspetti della disciplina dell'esclusione automatica delle offerte anomale e sono stati censurati in riferimento agli stessi parametri costituzionali, per profili e con argomentazioni sostanzialmente coincidenti e, quindi, i giudizi vanno riuniti, per essere decisi con un'unica sentenza.

3. - L'ordinanza di rimessione r.o. n. 167 del 2010 premette che, nel processo principale, la ricorrente ha impugnato, tra gli altri, il provvedimento di esclusione automatica dalla gara indetta dal Consorzio Industriale Provincia di Nuoro, per l'affidamento di lavori dell'importo complessivo di € 1.930.000 oltre Iva, deducendo l'illegittimità della clausola del disciplinare che regola detta esclusione in conformità dell'art. 20, comma 9 (recte: art. 20, comma 8), della legge della Regione Sardegna n. 5 del 2007, il quale dispone: «per gli appalti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alla soglia comunitaria, le stazioni appaltanti possono prevedere nel bando la procedura di esclusione automatica delle offerte risultate anomale».

Secondo il rimettente, l'art. 122, comma 9, del decreto legislativo 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), nel testo modificato dall'art. 1, comma 1, lettera bb), del decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152 (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), stabilisce, invece, che soltanto «per lavori d'importo inferiore o pari a 1 milione di euro 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» anomale.

Ad avviso del giudice a quo, la censurata norma regionale, rendendo ammissibile l'esclusione automatica delle offerte anomale nelle gare sotto soglia comunitaria, anche qualora abbiano ad oggetto lavori di importo ricadente nella specifica "forcella" "da 1 milione a 5.150.000 euro", si porrebbe in contrasto con il citato art. 122, comma 9, il quale fissa un limite che sarebbe vincolante per il legislatore regionale, e, in tal modo, recherebbe vulnus agli artt. 117, secondo comma, lettera e), Cost., e 3, lettera e), dello statuto regionale

3.1. - L'ordinanza di rimessione r.o. n. 204 del 2010 espone che, nel processo principale, la ricorrente ha impugnato, tra l'altro, il provvedimento con il quale è stata esclusa automaticamente da una gara indetta dal Comune di Decimomannu per l'affidamento di determinati lavori, alla quale erano stati ammessi cinque offerenti, in quanto ha offerto un ribasso superiore alla soglia di anomalia. Ad avviso del TAR, l'art. 20, comma 9, della legge della Regione Sardegna n. 5 del 2007 dispone che, «qualora il numero delle offerte ammesse sia inferiore a cinque, non si applica [...] l'esclusione automatica»; l'art. 122, comma 9, del d.lgs. n. 163 del 2006, nel testo modificato dall'art. 1, comma 1, lettera bb), del d.lgs. n. 152 del 2008, stabilisce, invece, che «la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci».

Secondo il rimettente, la norma regionale violerebbe gli artt. 117, secondo comma, lettera e), Cost. e 3, lettera e), dello statuto regionale, in quanto «continua a parametrare la non esercitabilità della facoltà di previsione, nel bando, dell'esclusione automatica ad un numero di offerte ammesse inferiore a cinque, secondo la previgente legislazione nazionale, anziché a dieci, secondo la vigente legislazione nazionale» dalla quale, sul punto, il legislatore regionale non potrebbe discostarsi.

4. - In linea preliminare, occorre precisare che non possono formare oggetto della presente decisione i parametri costituzionali ed i profili indicati dalla parte privata costituita nel giudizio introdotto dall'ordinanza r.o. n. 204 del 2010, diversi ed ulteriori rispetto a quelli evocati dal

rimettente. Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, l'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale è, infatti, limitato alle norme ed ai parametri indicati, pur se implicitamente, nell'ordinanza di rimessione, non potendo essere presi in considerazione, oltre i limiti in queste fissati, ulteriori questioni o profili di costituzionalità dedotti dalle parti, sia che siano stati eccepiti ma non fatti propri dal giudice a quo, sia che siano diretti ad ampliare o modificare successivamente il contenuto delle stesse ordinanze (tra le più recenti, sentenza n. 42 del 2011; ordinanza n. 139 del 2011).

5. - Nel merito, le questioni sono fondate.

5.1. - Il contenuto delle censure svolte in entrambe le ordinanze di rimessione impone anzitutto di richiamare i principi enunciati dalla giurisprudenza costituzionale sulla questione del riparto delle competenze legislative tra lo Stato e le Regioni a statuto speciale e le Province autonome in tema di appalti pubblici, dato che l'art. 3, lettera e), dello statuto speciale per la Regione Sardegna, con locuzione omologa a quella contenuta in altri statuti, attribuisce a quest'ultima la competenza legislativa primaria nella materia «lavori pubblici di esclusivo interesse della Regione».

Le più recenti sentenze di questa Corte hanno affermato che, in presenza di una siffatta specifica attribuzione statutaria, è questa che deve trovare applicazione, in virtù dell'art. 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione), poiché nel titolo V della parte seconda della Costituzione non è contemplata la materia «lavori pubblici». Tanto comporta che la Regione è tenuta ad esercitare la propria competenza legislativa primaria «in armonia con la Costituzione e i principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica e col rispetto degli obblighi internazionali [...], nonché delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali» (art. 3 dello statuto speciale di autonomia), e, nel dettare la disciplina dei contratti di appalto riconducibili alla suindicata locuzione, è tenuta ad osservare le disposizioni di principio contenute nel d.lgs. n. 163 del 2006. 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. 144 del 2011), che costituiscono limite alla potestà legislativa primaria della Regione. La legislazione regionale deve, quindi, osservare anche i limiti derivanti dal rispetto dei principi della tutela della concorrenza, fissati dal d.lgs. n. 163 del 2006, strumentali ad assicurare le libertà comunitarie, e non può né avere un contenuto difforme dalle disposizioni di quest'ultimo, che costituiscono diretta attuazione delle prescrizioni poste a livello europeo, né alterare negativamente il livello di tutela garantito dalle norme statali (sentenze n. 144 del 2011; n. 221 e n. 45 del 2010; con specifico riferimento alla Regione Sardegna, sentenza n. 411 del 2008).

Entrambe le ordinanze di rimessione hanno, dunque, correttamente richiamato sia la norma statutaria che attribuisce alla Regione competenza legislativa primaria nella materia «lavori pubblici di esclusivo interesse» regionale ed i limiti da questa posti all'esercizio di siffatta competenza, sia l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. Infatti, come sopra precisato, la Regione Sardegna, nell'esercizio della potestà legislativa primaria nella materia prevista dall'art. 3, lettera e), dello statuto regionale, deve osservare anche i limiti derivanti dalla necessità di rispettare gli obblighi internazionali, le norme fondamentali delle riforme economico-sociali e i principi generali dell'ordinamento giuridico della Repubblica «rinvenibili in quelle disposizioni contenute nel Codice degli appalti pubblici con le quali lo Stato ha esercitato la competenza legislativa ad esso attribuita dal predetto titolo V, in particolare con riferimento alla materia della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile» (sentenza n. 114 del 2011). L'osservanza di tali limiti si impone, infine,

anche quando il legislatore statale, allo scopo di aumentare l'area di concorrenzialità, modifica la disciplina stabilita in precedenza, pena l'illegittimità costituzionale delle norme regionali che, eventualmente, rechino una regolamentazione difforme, lesiva di detta finalità.

5.2. - Alla luce di detti principi, in ordine alle censure relative all'art. 20, comma 8, della legge regionale in esame, occorre ricordare che, secondo la giurisprudenza costituzionale, la disciplina del Codice degli appalti, nella parte concernente le procedure di selezione ed i criteri di aggiudicazione è strumentale a garantire la tutela della concorrenza (tra le molte, sentenze n. 186 del 2010, n. 320 del 2008; n. 401 del 2007) e, conseguentemente, anche le Regioni a statuto speciale e le Province autonome che siano titolari di competenza legislativa primaria nella materia dei lavori pubblici di interesse regionale non possono stabilire al riguardo una disciplina suscettibile di alterare le regole di funzionamento del mercato (sentenze n. 221 del 2010; n. 45 del 2010).

Siffatto carattere connota, altresì, le norme aventi ad oggetto la disciplina delle offerte anomale (sentenza n. 411 del 2008, concernente, peraltro, la legge regionale in esame; sentenza n. 320 del 2008), anche se relative agli appalti sotto la soglia di rilevanza comunitaria. La distinzione tra contratti sotto soglia e sopra soglia non costituisce, infatti, utile criterio ai fini dell'identificazione delle norme statali strumentali a garantire la tutela della concorrenza, in quanto tale finalità può sussistere in riferimento anche ai contratti riconducibili alla prima di dette categorie e la disciplina stabilita al riguardo dal legislatore statale mira ad assicurare, tra l'altro, «il rispetto dei principi generali di matrice comunitaria stabiliti nel Trattato e, in particolare, il principio di non discriminazione (in questo senso, da ultimo, nella materia in esame, Corte di giustizia 15 maggio 2008, C-147/06 e C-148/06)» (sentenza n. 160 del 2009).

Nel caso in esame, l'art. 122, comma 9, nel testo modificato dall'art. 1, comma 1, lettera bb), n. 2, del d.lgs. n. 112 del 2008, dispone che «per lavori d'importo inferiore o pari a 1 milione di euro 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». Tale previsione, riducendo l'ambito di applicabilità della regola dell'esclusione automatica, è evidentemente strumentale ad incrementare la concorrenza. La Regione Sardegna non ha provveduto ad adeguare la propria legislazione alla regolamentazione stabilita dalla norma statale, dato che il citato art. 20, comma 8, dispone: «per gli appalti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alla soglia comunitaria, le stazioni appaltanti possono prevedere nel bando la procedura di esclusione automatica delle offerte risultate anomale». Siffatta disposizione reca, quindi, una prescrizione che, prevedendo una più ampia area di applicabilità della regola dell'esclusione automatica, è suscettibile di incidere negativamente sul livello minimo di concorrenza che deve essere garantito.

L'art. 20, comma 8, della legge della Regione Sardegna n. 5 del 2007 deve, quindi, essere dichiarato costituzionalmente illegittimo, nella parte in cui, in difformità rispetto alla norma statale, stabilisce che la facoltà di esclusione automatica delle offerte anomale può essere prevista in riferimento a tutti gli appalti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alla soglia comunitaria.

5.3. - In relazione alle censure concernenti il citato art. 20, comma 9, va ribadito che la modifica apportata all'art. 122, comma 9, del d.lgs. n. 163 del 2006 dall'art. 1, comma 1, lettera bb), n. 2, del d.lgs. n. 112 del 2008, nella parte in cui stabilisce che la facoltà di esclusione automatica «non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci» è stata imposta dall'esigenza di «aumentare l'area di concorrenzialità» (sentenza n. 160 del 2009). In considerazione di siffatta finalità della norma statale, questa Corte ha, quindi, affermato che, anche qualora una Regione sia titolare di competenza legislativa primaria nella materia dei lavori pubblici

di interesse regionale, essa non può prevedere l'esclusione automatica nei casi nei quali non è consentita dalla norma statale e, quindi, non può stabilire «una disciplina diversa da quella nazionale, idonea ad incidere negativamente sul livello della concorrenza, che deve essere garantito agli imprenditori operanti sul mercato» (sentenza n. 114 del 2011).

Pertanto, va dichiarata l'illegittimità costituzionale del citato art. 20, comma 9, nella parte in cui dispone che, «qualora il numero delle offerte ammesse sia inferiore a cinque, non si applica [...] l'esclusione automatica di cui al comma 8», anziché prevedere, come stabilito dalla norma statale, che la facoltà di esclusione automatica non può essere esercitata, «quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci».

5.4. - Deve essere, infine, precisato che la dichiarata illegittimità costituzionale dell'art. 20, commi 8 e 9, della legge della Regione Sardegna n. 5 del 2007, nelle parti sopra indicate, comporta l'applicazione della disciplina stabilita dalla norma statale, in riferimento sia all'importo dei lavori in relazione ai quali è ammissibile la previsione della facoltà di esclusione automatica delle offerte anomale, sia al numero minimo delle offerte ammesse che rendono ammissibile la previsione di siffatta facoltà.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi,

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 20, comma 8, della legge della Regione Sardegna 7 agosto 2007, n. 5 (Procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, in attuazione della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 e disposizioni per la disciplina delle fasi del ciclo dell'appalto), nella parte in cui prevede che «per gli appalti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alla soglia comunitaria, le stazioni appaltanti possono prevedere nel bando la procedura di esclusione automatica delle offerte risultate anomale»;

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 20, comma 9, della suddetta legge regionale n. 5 del 2007, nella parte in cui dispone che, «qualora il numero delle offerte ammesse sia inferiore a cinque, non si applica» «l'esclusione automatica di cui al comma 8», anziché prevedere che la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 7 giugno 2011.

F.to:

Paolo MADDALENA, Presidente

Giuseppe TESAURO, Redattore

Gabriella MELATTI, Cancelliere

Depositata in Cancelleria il 10 giugno 2011.

Il Direttore della Cancelleria

F.to: MELATTI