

Sentenza della Corte costituzionale n. 23/2022

Materia: Tutela della concorrenza (Appalti pubblici).

Parametri invocati: articolo 117, commi primo e secondo, lettere e) e l), Cost.

Giudizio: legittimità costituzionale in via principale.

Ricorrente: Presidente del Consiglio dei Ministri.

Oggetto: articoli 2, commi 1, 3, 4, 7 e 8, 3, 4 e 6 della legge della Provincia autonoma di Trento 23 marzo 2020, n. 2 (*Misure urgenti di sostegno per le famiglie, i lavoratori e i settori economici connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19 e altre disposizioni*), e successive modificazioni; articoli 13, 14, 16, 17, 18, 22 e 23 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 13 maggio 2020, n. 3 (*Ulteriori misure di sostegno per le famiglie, i lavoratori e i settori economici connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19 e conseguente variazione al bilancio di previsione della Provincia autonoma di Trento per gli esercizi finanziari 2020 - 2022*).

Esito: Illegittimità costituzionale.

Con **sentenza n. 23 del 2022**, depositata in data 28 gennaio 2022, la Corte costituzionale si è pronunciata di diverse disposizioni di legge della Provincia autonoma di Trento e della Provincia autonoma di Bolzano in materia di appalti.

Le questioni di legittimità costituzionale erano state sollevate con diversi ricorsi. Il primo aveva riguardato la legge della Provincia di Trento 23 marzo 2020, n. 2 (*Misure urgenti di sostegno per le famiglie, i lavoratori e i settori economici connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19 e altre disposizioni*), nella parte in cui disciplina l'affidamento di contratti pubblici di importo superiore e inferiore alla soglia europea, compresi in quest'ultimo caso, gli incarichi tecnici, e disciplina meccanismi di semplificazione e di accelerazione delle procedure di affidamento (articoli 2, commi 1, 3, 4, 7 e 8, 3, 4 e 6). Con successivi ricorsi erano state impugnate le disposizioni modificative dei predetti e di altri articoli della l.p. 2/2020, contenute nelle leggi provinciali 13 maggio 2020, n. 3 (*Ulteriori misure di sostegno per le famiglie, i lavoratori e i settori economici connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19 e conseguente variazione al bilancio di previsione della Provincia autonoma di Trento per gli esercizi finanziari 2020 - 2022*); 6 agosto 2020, n. 6 (*Assestamento del bilancio di previsione della Provincia autonoma di Trento per gli esercizi finanziari 2020 - 2022*); e 30 novembre 2020, n. 13 (*Modificazioni della legge provinciale 23 marzo 2020, n. 2, e della legge provinciale 13 maggio 2020, n. 3, in materia di contratti pubblici, e modificazioni della legge provinciale 30 dicembre 2014, n. 14, in materia di imposta immobiliare semplice (IMIS)*). Separatamente, erano stati impugnati gli articoli 13, comma 1, 14, 16, 17, 18, 19, 22 e 23 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 16 aprile 2020, n. 3 (*Variazioni al bilancio di previsione della Provincia autonoma di Bolzano per gli esercizi 2020, 2021 e 2022 e altre disposizioni*).

1. Con riferimento alle norme di legge della Provincia autonoma di Trento, la Corte si è espressa nei termini seguenti.

1.1. Con riferimento alle procedure sopra soglia, l'articolo **2, comma 1, della l.p. 2/2020**, introduce(va) una disposizione emergenziale per gli affidamenti sopra soglia, prevedendo il ricorso, alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando in via generalizzata, vale a dire anche in ipotesi diverse da quella prevista dall'articolo 63 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), che prevede la possibilità di avvalersi di questa procedura solo qualora per ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili non imputabili alla amministrazione, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le successive modificazioni introdotte dall'articolo **53, comma 2, della l.p. 3/2020**, anch'esse oggetto di impugnazione, avevano confermato questa impostazione, ampliando l'efficacia temporale della norma, estesa a tutta la durata dello stato di emergenza, e l'ambito oggettivo della sua applicazione, riferito anche agli affidamenti di incarichi tecnico-professionali di importo pari o superiore alla soglia europea, nonché agli affidamenti di servizi e forniture di importo pari alla citata soglia.

Il ricorrente aveva contestato, in ordine alle predette norme, la violazione del principio eurounitario della concorrenza e la competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza (articolo 117, commi primo e secondo, lettera e), Cost), attraverso i parametri interposti, che assurgono a norme di grande riforma economico-sociale, dell'articolo 63 del d.lgs. 50/2016 e, per gli incarichi tecnici, dell'articolo 157 del medesimo d.lgs. 50/2016.

La Corte ha ritenuto le questioni fondate, per violazione dei limiti statutari. La disciplina provinciale contestata è infatti riconducibile all'ambito materiale delle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici, di sicura attinenza alla materia della tutela della concorrenza, dovendosi ritenere *“inibito al legislatore provinciale derogare all'uniforme disciplina dettata in materia da norme di riforma economico-sociale, quali quelle dettate dal codice dei contratti pubblici, senza che possa in alcun modo rilevare la peculiare contingenza della crisi economica determinata dal COVID-19. La precarietà del contesto di emergenza non ha, infatti, ampliato le competenze provinciali, semmai, in una materia come quella dei contratti pubblici, ha acuito le esigenze di uniformità della disciplina e di certezza del diritto”*.

È stata ritenuta irrilevante, ai fini della decisione, la circostanza che anche il legislatore statale abbia nel frattempo introdotto, con l'articolo 2 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*), convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, rilevanti deroghe alle norme fondamentali di riforma economico-sociale sull'aggiudicazione dei contratti sopra soglia. Infatti, secondo la Corte, *“spetta solo allo Stato modificare (o derogare a) norme fondamentali di riforma economico-sociale”*. Inoltre, *“la modifica legislativa di tale parametro statale non può sanare retroattivamente il contrasto con una disposizione provinciale, né far venire meno l'interesse alla questione di legittimità costituzionale, se vi è stato un lasso di tempo in cui la norma impugnata ha trovato applicazione in contrasto con principi statali vigenti in quel periodo”*. Da un altro lato, *“non può comunque tacersi che la disposizione provinciale continua a mostrare profili di frizione anche rispetto all'art. 2, comma 3, del d.l. n. 76 del 2020”*: quest'ultimo, per gli appalti sopra soglia, prevede infatti la mera facoltà (e non l'obbligo, come la legge provinciale), di utilizzare la procedura negoziata, previa pubblicazione dell'avviso di indizione della gara o di altro atto equivalente, nel rispetto di un criterio di rotazione, nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia da COVID-19 o dal periodo di sospensione delle attività determinato dalle misure di contenimento adottate per fronteggiare la crisi, i termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie non possono essere rispettati.

1.2. L'articolo **2, comma 3, della l.p. 2/2020**, stabilì(va) che nell'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'offerta tecnica dovesse essere valutata sulla base

“dei seguenti elementi da tradurre in criteri di natura quantitativa o tabellare: a) l'impegno da parte del concorrente di affidare in subappalto l'esecuzione di parte della prestazione a microimprese, piccole e medie imprese locali, specificando per ogni subcontratto le prestazioni affidate e i nominativi dei singoli subappaltatori; resta fermo il divieto di frazionare fra più operatori economici il subappalto di una medesima lavorazione o prestazione omogenea, come individuata nel progetto messo in gara, anche tramite lo strumento delle WBS-work breakdown structure; b) l'impegno da parte del concorrente ad acquisire le forniture necessarie per l'esecuzione della prestazione da microimprese, piccole e medie imprese locali, specificando i nominativi dei singoli fornitori; c) per le prestazioni affidate in subappalto, l'impegno del concorrente a praticare il minor ribasso rispetto all'elenco prezzi posto a base di gara, al fine di assicurare la qualità nell'esecuzione del contratto”.

Secondo il ricorrente, detti elementi *“non collimerebbero con i requisiti di oggettività attinenti agli aspetti qualitativi, ambientali o sociali”*, richiesti dall'articolo 95, comma 6, del d.lgs. 50/2016, con violazione dell'articolo 117, commi primo e secondo, lettera e), Cost. Inoltre, il riferimento alle imprese locali contrasterebbe con il divieto di discriminare le imprese sulla base di un elemento di localizzazione territoriale. I rilievi sono stati confermati anche a seguito delle modificazioni introdotte dall'articolo **52 della l.p. 3/2020**, che ha rimodulato i criteri di valutazione e ne ha reso facoltativo l'utilizzo per l'affidamento di servizi e forniture, e dall'articolo **1, comma 4, della l.p. 13/2020**, che ha esteso la facoltà di scelta degli elementi indicati dalla medesima disposizione anche agli appalti di lavori.

La Corte ha ritenuto fondate le questioni di legittimità costituzionale per superamento dei limiti statutari, in relazione all'articolo 95, comma 6, del d.lgs. 50/2016. La disposizione provinciale, infatti, presenta *“un contenuto difforme rispetto a quanto stabilito dalla citata norma statale di riforma economico-sociale”*, prescrivendo obbligatoriamente la conversione degli elementi di valutazione normativamente indicati in criteri quantitativi o tabellari, senza prevedere che gli stessi siano, come stabilito dalla norma statale, da stabilirsi nei documenti di gara, previa valutazione del committente in considerazione della natura, dell'oggetto e delle caratteristiche del contratto. Inoltre, il riferimento alle micro, piccole o medie imprese subappaltatrici o fornitrici locali *“introduce un elemento discriminatorio su base territoriale, ontologicamente incompatibile con un giudizio di tipo qualitativo”*.

È stata, dunque, dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'articolo 2, comma 3, della l.p. 2/2020 nella parte in cui prevede che l'offerta tecnica è valutata sulla base degli elementi, ivi indicati, da tradurre in criteri di natura quantitativa o tabellare.

Anche le modifiche introdotte dagli articoli 52, comma 4, lettera c) e 6, della l.p. 3/2020 e dall'articolo 1, comma 4, della l.p. 13/2020 sono state dichiarate illegittime. In particolare, le modifiche introdotte dall'articolo 52, comma 6, della l.p. 3/2020 e dall'articolo 1, comma 4, della l.p. 13/2020, nonostante abbiano previsto che le stazioni appaltanti hanno la facoltà di scegliere, per la valutazione dell'offerta, l'uso degli elementi di cui all'articolo 2, comma 3, della l.p. 2/2020 *“continua(no)”*, secondo la Corte, *“ad imporre che essi si traducano in criteri quantitativi o tabellari, così limitando “a valle” l'autonomia dell'amministrazione”*.

1.3. L'articolo 2, comma 4, della l.p. 2/2020 (poi abrogato dall'articolo 52, comma 9, della l.p. 3/2020 e riprodotto **nell'articolo 2, comma 6bis, della l.p. 2/2020**, introdotto dall'articolo 52, comma 7, della l.p. 3/2020, anch'esso impugnato) prevede(va) che: *“[l]a componente del prezzo viene valutata con ricorso a formule matematiche basate sulla riduzione del differenziale di punteggio all'aumentare dei ribassi, individuate nel regolamento di attuazione della legge provinciale di recepimento delle direttive europee in materia di contratti pubblici 2016”*.

Il ricorrente aveva ritenuto che la predetta disposizione introducesse un *“criterio di valutazione che prescindere del tutto dalla considerazione delle specificità del contratto”*, determinando così «una

disomogeneità di comportamenti all'interno del territorio nazionale”, violando il principio eurounitario della concorrenza e la competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza (articolo 117, commi primo e secondo, lettera e), Cost., in relazione all'art. 95, comma 6, del d.lgs. 50/2016), travalicando le competenze statutarie.

La Corte ha ritenuto le questioni fondate per violazione dei limiti statutarie. La formula matematica di tipo non lineare (all'aumentare del ribasso, il vantaggio nella valutazione dell'offerta cresce a un ritmo sempre più limitato) evocata dalla norma per la valutazione per la componente del "prezzo" relativa al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente scoraggia offerte con ribassi eccessivi, ma limita la concorrenza basata proprio sul prezzo: l'automatica imposizione di questo criterio, in presenza di altri criteri alternativi, viola, pertanto, la norma di riforma economico-sociale di cui all'articolo 95, comma 6, del d.lgs. 50/2016, impedendo alla stazione appaltante *“che ritenga di dover dare maggior peso alla componente del prezzo, alla luce dell'oggetto e della natura del contratto, di poter scegliere una formula diversa (come quella di cosiddetta interpolazione lineare)”* e inibendo *“il ricorso (seppure adeguatamente motivato) a formule "indipendenti", in base alle quali il punteggio attribuito al concorrente non sia condizionato da quello assegnato agli altri, che hanno il merito di consentire all'offerente di calcolare, ex ante, il proprio punteggio e di valutare meglio il punto di equilibrio che rende per l'impresa conveniente una determinata offerta”*.

1.4. L'articolo 2, comma 7, della l.p. 2/2020, prevede(va) che *«[n]el rispetto dei principi di proporzionalità e tempestività, le amministrazioni aggiudicatrici possono ricorrere motivatamente a criteri di valutazione di natura discrezionale e solo se necessario in ragione della natura, oggetto e caratteristiche del contratto”*

Il ricorrente aveva ritenuto ravvisabile un contrasto fra la norma impugnata, che introduce(va) *“la regola dei criteri di valutazione discrezionale”*, e l'articolo 95, comma 6, del d.lgs. 50/2016, secondo il quale *“i criteri di valutazione dell'offerta devono essere sempre oggettivi»* e *«non possono essere rimessi alla discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice”*, con violazione dell'articolo all'articolo 117, commi primo e secondo, lettera e), Cost..

La Corte ha ritenuto la questione di legittimità costituzionale fondata per violazione dei limiti statutarie.

L'articolo 95, comma 6, del d.lgs. 50/2016, al fine di assicurare la correttezza e la trasparenza dell'aggiudicazione, stabilisce, infatti, che la stazione appaltante fissi dei criteri di valutazione *“oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto”*, con il solo limite che essi siano *“pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto”*. La disposizione provinciale, limitando viceversa l'utilizzo dei criteri di valutazione di natura discrezionale ai soli casi in cui sia *“necessario”*, e non anche a quelli in cui sia semplicemente *“pertinente”*, in ragione della natura, dell'oggetto e delle caratteristiche del contratto, si pone in contrasto con la normativa statale in materia di contratti pubblici. Essa, infatti, comprime la possibilità per le stazioni appaltanti di valutare le offerte secondo i criteri e i metodi ritenuti più idonei, valorizzando gli elementi qualitativi.

1.5. L'articolo 2, comma 8, della l.p. 2/2020 prevede(va) che *“[c]on regolamento di attuazione possono essere stabiliti criteri per la valutazione delle offerte anomale conformi a quanto previsto dall'articolo 40 della legge provinciale sui lavori pubblici 1993 anche nel caso di ricorso all'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa»*. A sua volta, il citato art. 40, comma 1, della legge Provincia autonoma di Trento 10 settembre 1993, n. 26 (Norme in materia di lavori pubblici di interesse provinciale e per la trasparenza negli appalti) dispone che *«[l]amministrazione aggiudicatrice procede alla valutazione delle offerte anomale ed alla loro esclusione dalla procedura concorsuale secondo le modalità ed i criteri automatici fissati nel regolamento di attuazione definiti*

anche sulla base di elementi specifici di costo diversi dal ribasso formulato dagli operatori economici”.

Il ricorrente aveva censurato la norma per contrasto con l'articolo 97, commi 2, 2bis, 2ter e 3, del d.lgs. 50/2016, in violazione dell'articolo 117, commi primo e secondo, lettera e), Cost. Le censure erano state ribadite anche a seguito della modifica introdotta dall'articolo 52, comma 8, della l.p. 3/2020, che ha limitato la possibilità di stabilire, con regolamento, criteri per la valutazione delle offerte anomale, conformi a quanto previsto dall'articolo 40 della legge provinciale sui lavori pubblici 26/1993, solamente nel caso di ricorso ai criteri di cui al comma 3 del medesimo articolo 2 della l.p. 2/2020.

La Corte ha ritenuto le questioni fondate per violazioni dei limiti statutari. Diversamente da quanto delineato dalla disciplina statale, secondo cui la soglia di anomalia non determina l'esclusione automatica delle offerte, salvo i casi tassativamente individuati dall'articolo 97, comma 8, del d.lgs. 50/2016, relativi ad aggiudicazioni secondo il criterio del prezzo più basso, per importi inferiori alla soglia eurounitaria, che non presentino carattere transfrontaliero, purché le offerte ammesse non siano meno di dieci e sempre che l'esclusione automatica sia prevista nel bando, la disposizione impugnata prevede infatti che un regolamento detti i criteri di individuazione delle offerte anomale, conformemente a quanto stabilito dall'articolo 40 della legge provinciale 26/1993, che contempla la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere *“alla valutazione delle offerte anomale ed alla loro esclusione dalla procedura concorsuale secondo le modalità ed i criteri automatici fissati nel regolamento di attuazione”*. La disciplina provinciale consente, pertanto, all'amministrazione di operare esclusioni automatiche anche nell'ipotesi di ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e/o per contratti di valore superiore alla soglia europea, vale a dire per fattispecie ben diverse da quelle individuate nell'articolo 97 del d.lgs. 50/2016.

È stata, dunque, dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'articolo 2, comma 8, della l.p. 2/2020. Anche la modifica successivamente introdotta dall'articolo 52, comma 8, della l.p. 3/2020 è stata dichiarata illegittima. Nonostante la riduzione dell'ambito di intervento, infatti, *“permane il rinvio a forme di esclusione automatiche. Tale indicazione confligge con il diritto dell'Unione europea, relativamente al quale, anche di recente, la Corte di giustizia ha ribadito il carattere illegittimo dell'esclusione automatica delle offerte anomale (Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenze 10 settembre 2020, in causa C-367/19, Tax-Fin-Lex d.o.o.; 15 maggio 2008, nelle cause riunite C-147/06 e C-148/06, SECAP spa e altro)”*.

1.6. L'articolo 3 della l.p. 2/2020 disciplina(va) l'affidamento dei contratti di lavori sotto soglia, disponendo che, per accelerare la realizzazione delle opere pubbliche, si possa procedere con procedura negoziata senza la previa pubblicazione di un bando di gara, ai sensi dell'articolo 33 della legge provinciale sui lavori pubblici 26/1993, previa selezione di un numero di imprese da invitare compreso tra dieci e quindici, per i lavori di importo complessivo inferiore a 2 milioni di euro, o compreso tra dieci e venti, negli altri casi. Se, tuttavia, l'importo stimato, per il singolo contratto, non è superiore a 150.000 euro, gli inviti inviati sono rivolti ad almeno cinque imprese ritenute idonee (così stabili(va) il comma 4).

Il ricorrente aveva contestato detta disciplina ritenendola in contrasto con l'articolo 36 del d.lgs. 50/2016, che detta un'articolata e diversa disciplina delle modalità di affidamento dei cosiddetti contratti sotto soglia e prevede che l'affidamento e l'esecuzione di tali contratti avvenga *“nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché [n]el rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese”*. Le censure sono state ribadite anche a seguito delle modifiche introdotte: i) dall'articolo 29 della l.p. 6/2020, che ha previsto la possibilità

di procedere all'affidamento diretto di lavori, servizi e forniture, compresi i servizi di ingegneria e architettura, fino alla soglia prevista, per tale tipologia di affidamento, dall'articolo 1, comma 2, lettera a), del d.l. 76/2020, vale a dire 150.000 euro, e previsto, con riferimento alla procedura negoziata disciplinata dal predetto articolo 3 della l.p. 2/2020, la mera facoltà e non l'obbligo di farvi ricorso: ii) dall'articolo 2, comma 3, della l.p. 13/2020, che, nel caso dell'aggiudicazione di lavori sotto le soglie europee, oltre a preservare la scelta per l'amministrazione aggiudicatrice fra il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello del prezzo più basso, rende facoltativa la possibilità di valutare l'offerta tecnica con uno o più dei criteri indicati dall'articolo 2, comma 3, della l.p. 2/2020.

La questione di legittimità costituzionale dell'articolo 3 (commi 1, 2 e 4) della l.p. 2/2020 è stata ritenuta fondata, per violazione dei limiti statutari, in relazione all'articolo 36 del d.lgs. 50/2016 (norma di riforma economico-sociale). La procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando prevista dall'articolo 33 della l.p. 26/1993 *“viene prevista, nella disposizione impugnata, in via di automatismo e non come mera facoltà, diversamente da quanto prospetta l'art. 36, comma 2, cod. contratti pubblici, il quale espressamente preserva la possibilità per la stazione appaltante di ricorrere alle procedure ordinarie”*. Inoltre, secondo la disciplina provinciale *“è sufficiente invitare fra dieci e quindici operatori per l'affidamento dei lavori di importo inferiore ai due milioni di euro e fra dieci a venti operatori per quelli di valore da due milioni di euro alla soglia europea. Per converso, secondo l'art. 36, comma 2, lettera d), cod. contratti pubblici, già per l'affidamento di lavori di importo pari o superiore a un milione di euro è necessaria la procedura di cui all'art. 60. Pertanto, sopra la citata soglia, la normativa statale prevede l'utilizzo della procedura aperta”*.

La questione di legittimità concernente l'articolo 29 della l.p. 6/2020 è stata ritenuta inammissibile per genericità della censura sollevata. È stato invece dichiarato costituzionalmente illegittimo l'articolo 2, comma 3, della l.p. 13/2020, nella parte in cui prevede che, se i lavori sono aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'offerta tecnica può essere valutata anche sulla base di uno o più dei criteri previsti dall'articolo 2, comma 3, della l.p. 2/2020. Tale disposizione, infatti, pur rendendo facoltativo, nella valutazione delle offerte secondo il criterio dell'OEV, il ricorso ai predetti criteri, *“continua, per l'aggiudicazione dei lavori sotto-soglia, a consentire il loro utilizzo, similmente a quanto dispongono, rispettivamente, il nuovo comma 3, per i lavori sopra-soglia, e il comma 5-bis dell'art. 2 della legge prov. Trento n. 2 del 2020, per l'aggiudicazione di servizi e forniture. Valgono, pertanto, le stesse considerazioni spese in ordine all'illegittimità costituzionale di questi ultimi”*.

1.7. L'articolo 4 della l.p. 2/2020 detta(va) *“[d]isposizioni per la semplificazione e l'accelerazione delle procedure di affidamento»*, prevedendo, al comma 1, che *“la partecipazione alle procedure equivale a dichiarazione di insussistenza dei motivi di esclusione e di possesso dei criteri di selezione specificati dal bando di gara o dalla lettera di invito”* e, al comma 2, che *“le amministrazioni giudicatrici procedono all'esame delle offerte e, successivamente, al fine della stipula del contratto, verificano l'assenza dei motivi di esclusione e il possesso dei requisiti di selezione in capo al solo aggiudicatario e all'eventuale impresa ausiliaria”*.

Il ricorrente aveva censurato la disposizione provinciale per contrasto con l'articolo 80 del d.lgs. 50/2016, da intendersi quale norma di riforma economico-sociale, che prevede l'obbligo di dichiarazione sostitutiva dei requisiti e la loro verifica ai fini dell'aggiudicazione, e dell'articolo 117, commi primo e secondo, lettere e) ed l), Cost..

La Corte ha ritenuto fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4, comma 1, del l.p. 2/2020, essendo *“di tutta evidenza che ritenere un comportamento concludente, quale la partecipazione alla procedura di aggiudicazione, equivalente a un'autodichiarazione sulla insussistenza dei motivi di esclusione (oltre che sul possesso dei criteri di selezione) introduce una*

norma di contenuto radicalmente difforme rispetto all'art. 80 cod. contratti pubblici, e alla sottesa esigenza di «tutela della concorrenza». Anche la questione promossa in merito all'articolo 4, comma 2, della l.p. 2/2020 è stata ritenuta fondata: posticipando a un momento successivo all'aggiudicazione e antecedente alla stipula del contratto la verifica (solo rispetto all'aggiudicatario e all'eventuale impresa ausiliaria) in merito all'assenza dei motivi di esclusione La disposizione provinciale introduce infatti, secondo la Corte, *“una normativa difforme dall'art. 80 cod. contratti pubblici e un'automatica inversione dell'esame delle offerte prima della verifica dell'idoneità degli offerenti”.* Nemmeno rileva la circostanza che l'articolo 1, comma 3, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 (Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici), convertito, con modificazioni, nella legge 14 giugno 2019, n. 55, abbia previsto in via temporanea, anche per i settori ordinari, la possibilità di inversione dell'ordine di esame della documentazione di gara, peraltro solo le procedure aperte (e non per tutte le procedure, come previsto dalla disposizione provinciale censurata). Infatti, spetta *“solo allo Stato bilanciare la tutela della concorrenza con la semplificazione delle procedure”.*

1.8. L'articolo 6 della l.p. 2/2020 prevede(va) una disciplina speciale per la selezione dei soggetti per l'affidamento di incarichi tecnici di importo inferiore alla soglia mediante affidamento diretto o mediante confronto concorrenziale, da effettuare sulla base di criteri di aggiudicazione e con valutazione della congruità dell'offerta, ritenuta dal ricorrente difforme rispetto a quanto previsto dagli articoli 36 e 95 del d.lgs. 50/2016, con violazione dell'articolo 117, secondo comma, lettera e), Cost.

Le questioni (relative all'articolo 6, commi 1, 2, primo periodo, e 3, primo periodo) concernenti le condizioni per procedere all'affidamento diretto e le modalità che regolano il confronto concorrenziale sono state ritenute inammissibili per inadeguata e carente motivazione nonché per incompleta ricostruzione del quadro normativo.

La Corte ha invece ritenuto fondata la questione relativa al secondo periodo dell'articolo 6, comma 2, della l.p. 2/2020 secondo cui *“[f]erma restando la possibilità per il responsabile del procedimento di derogarvi, ove lo ritenga necessario, costituiscono riferimento per la congruità del ribasso offerto”* specifiche percentuali di ribasso, individuate fra un minimo e un massimo, riferite a particolari tipologie di opere o, *“se l'affidamento ha ad oggetto opere appartenenti a più di una tipologia di opera”*, la media pesata delle rispettive percentuali di ribasso.

Tale disposizione, *“pur consentendo al responsabile del procedimento una facoltà di deroga, ma solo se necessario, di fatto irrigidisce ex lege il giudizio sulla congruità del ribasso. Tale cristallizzazione, sia che si riferisca a un livello ottimo di ribasso che consente l'aggiudicazione, sia che attenga alla congruità di un ribasso altrimenti anomalo, non trova, invero, riscontro nella legislazione statale e in specie nella disposizione fondamentale sui criteri di aggiudicazione dell'appalto, vale a dire l'art. 95 cod. contratti pubblici, evocato quale parametro interposto. Secondo la norma statale spetta, infatti, comunque alla discrezionalità della stazione appaltante tanto determinare e poi applicare i criteri di volta in volta ritenuti più idonei per valutare il carattere più vantaggioso dell'offerta, quanto giudicare la logicità, la ragionevolezza e l'adeguatezza di un ribasso eventualmente anomalo”.*

Del pari illegittimo è stato ritenuto il secondo periodo del comma 3 dell'articolo 6 della l.p. 2/2020, relativo alla scelta tra il criterio del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nel caso dell'affidamento di incarichi tecnici mediante confronto concorrenziale. Tale disposizione, infatti, *“privilegia il criterio del prezzo più basso, mentre consente di adottare quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa «solo se necessario in ragione della natura, dell'oggetto o delle caratteristiche del contratto», oltre che in caso di progettazione architettonica”*,

confliggendo con l'articolo 95 del d.lgs. 50/2016 (norma di riforma economico-sociale), che considera, per converso, eccezionale e residuale il criterio del minor prezzo.

1.9. L'articolo 2, comma 7bis, della l.p. 2/2020, aggiunto dall'articolo 57 della l.p. 3/2020, prevede(va), che, per ventiquattro mesi, *“la realizzazione di opere pubbliche può essere effettuata mediante affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori, ponendo a base di gara il progetto preliminare o il progetto definitivo e chiedendo in sede di gara l'offerta di migliorie tecniche”*.

Il ricorrente aveva censurato la disposizione per violazione dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) ed l), Cost., nonché degli articoli 4 e 8 del d.P.R. 670/1972, ritenendo che la stessa andasse ad *“impatt[are] sulla competenza esclusiva dello Stato in materia di concorrenza e [di] ordinamento civile per la conclusione ed esecuzione del contratto, materie che non possono che essere demandate alla legislazione statale al fine di assicurare uniformità ed omogeneità di comportamenti sull'intero territorio nazionale e non ad un futuro regolamento della Provincia autonoma”*.

Le questioni sono state ritenute inammissibili, *“in quanto la motivazione risulta gravemente generica e carente”*. Inoltre, secondo la Corte, la disciplina provinciale è coerente con l'evoluzione normativa statale in materia di appalto integrato (il d.l. 32/2019 ha infatti introdotto una deroga al divieto di appalto integrato, valida sino al 30 giugno 2023), conseguendone il difetto sopravvenuto di interesse a ricorrere.

Sono stati quindi dichiarati costituzionalmente illegittimi gli articoli 2, commi 1, 3 (nella parte in cui prevede che l'offerta tecnica è valutata sulla base degli elementi, ivi indicati, da tradurre in criteri di natura quantitativa o tabellare), 4, 7 e 8, 3 commi 1, 2 e 4, 4, commi 1 e 2, e 6, comma 2, secondo periodo, e 3, secondo periodo, della l.p. 2/2020; 52, commi 2, 4, lettera c), 6 (nella parte in cui prevede che «Fermo restando quanto previsto dall'art. 16, comma 4, della legge provinciale di recepimento delle direttive europee in materia di contratti pubblici 2016, per l'affidamento di servizi e forniture le amministrazioni aggiudicatrici possono utilizzare gli elementi di valutazione previsti dal comma 3, in ragione della natura, oggetto e caratteristiche del contratto), 7 e 8, della l.p. 3/2020; 1, comma 4 (nella parte in cui prevede “Nei lavori l'offerta tecnica può essere valutata anche sulla base di uno o più dei seguenti elementi”), e 2, comma 3 (nella parte in cui prevede che, “Se i lavori sono aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa l'offerta tecnica può essere valutata anche sulla base di uno o più dei criteri previsti dall'articolo 2, comma 3”) della l.p. 13/2020

2. Con riferimento alle norme di legge della Provincia autonoma di Bolzano, la Corte si è espressa nei termini seguenti.

Le questioni di legittimità costituzionale sono state sollevate con riferimento alle seguenti disposizioni della l.p. 3/2020 : l'articolo 13, comma 1, recante *“Disposizioni sui criteri premianti di aggiudicazione nell'ambito del subappalto a microimprese, piccole e medie imprese e imprese localizzate sul territorio provinciale”*; l'articolo 14, relativo alle soglie per l'affidamento diretto dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e dei servizi ad essi connessi; l'articolo 16 , che disciplina la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando per appalti di lavori di importo pari o superiore a 2.000.000 euro e inferiore alla soglia europea; l'articolo 17, il quale prevede misure di accelerazione delle procedure, che incidono sulla disciplina della cauzione provvisoria e sul momento di verifica dei requisiti di partecipazione; l'articolo 18, che disciplina i pagamenti e l'esecuzione del contratto; l'articolo 22, che interviene sul regime di proroga dei contratti di appalto e di concessione; l'articolo 23, che limita l'ambito temporale di applicazione di

alcune norme della l.p. 3/2020, previste “per far fronte all'emergenza sanitaria ed economica causata dal virus SARS-CoV-2”.

2.1. La questione di legittimità costituzionale **dell'articolo 13, comma 1, della l.p. 3/2020** è stata ritenuta fondata, in quanto la disposizione provinciale, prevedendo criteri premiali basati sull'elemento territoriale, ha carattere discriminatorio e, pertanto, inidoneo a consentire la valutazione della qualità dell'offerta, come richiesto dall'articolo 95, comma 6, del d.lgs. 50/2016.

2.2. La questione di legittimità costituzionale **dell'articolo 14 della l.p. 3/2020** è stata ritenuta fondata. La disciplina provinciale, infatti, palesa un contenuto decisamente difforme rispetto all'articolo 157, comma 2, del d.lgs. 50/2016, nella misura in cui omette di prevedere il rispetto dei principi di rotazione, di non discriminazione, di parità di trattamento, di proporzionalità e di trasparenza, introducendo, inoltre, una soglia diversa (da 40.000 euro a 150.000 euro invece che da 40.000 euro a 100.000 euro) per consentire gli affidamenti diretti e prevedendo la consultazione di un numero di operatori inferiore rispetto a quello indicato a livello statale (tre anziché cinque).

2.3. La questione di legittimità costituzionale **dell'articolo 16 l.p. 3/2020**, che indica la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando per i contratti di valore compreso tra i due milioni di euro e le soglie comunitarie, è stata ritenuta fondata in quanto difforme dalla disciplina (di riforma economico-sociale), recata dal codice dei contratti pubblici con l'articolo 36, comma 2, lettera d), del d.lgs. 50/2016 che, per i contratti fra il milione di euro e la soglia di eurounitaria impone l'utilizzo della procedura aperta, con invito rivolto ad almeno dodici operatori economici, ove esistenti.

2.4. Le questioni di legittimità costituzionale relative **all'articolo 17 della l.p. 3/2020**, che prevede, al comma 1, la sospensione dell'obbligo per tutte le procedure di gara, di qualsiasi tipo e per qualunque importo, di corredare l'offerta con una garanzia provvisoria e ammette, al comma 2, la stipula del contratto anche prima che siano stati verificati i requisiti di partecipazione, “*salvo il rispetto delle prescrizioni imposte dalla normativa antimafia*”, sono state ritenute fondate. La cauzione provvisoria è, infatti, strettamente funzionale alla tutela della concorrenza, servendo “*a garantire, ai sensi dell'art. 93, comma 6, cod. contratti pubblici, il rischio della mancata sottoscrizione del contratto a seguito dell'aggiudicazione, per fatti riconducibili all'affidatario o per «l'adozione di informazione antimafia interdittiva», nonché, ai sensi dell'art. 103, comma 3, cod. contratti pubblici, il rischio della mancata costituzione da parte dell'aggiudicatario della garanzia definitiva. In tal modo, la cauzione provvisoria assicura la serietà e la correttezza delle offerte presentate*”. Quanto alla verifica dei requisiti, la *ratio* di tutela della concorrenza, che impone il rispetto del principio di *par condicio*, non consente di aggiudicare la gara a un soggetto che non avrebbe dovuto neppure partecipare ad essa, essendo a tal fine previsto, dalla normativa statale, che l'aggiudicazione, che necessariamente precede la stipula del contratto, diventa efficace solo “*dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti*” (art. 32, comma 7)”.

2.5. Anche **l'articolo 18 della l.p. 3/2020** è stato dichiarato illegittimo. Il comma 1, che permette l'esecuzione in via d'urgenza per tutte le procedure di affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture consente, pur facendo salvo quanto stabilito dalla normativa statale, di fatto introduce, secondo la Corte, un regime contrastante con una disciplina prettamente privatistica, di competenza esclusiva del legislatore statale, in violazione dell'articolo 32, comma 8, del d.lgs. 50/2016. I commi 2 e 3, che prevedono rispettivamente l'aggiunta, all'importo dei lavori eseguiti, del pagamento del “*60 per cento del valore dei materiali provvisti a piè d'opera, destinati ad essere impiegati in opere definitive facenti parte dell'appalto e accettati dal direttore dei lavori, da valutarsi a prezzo di contratto o, in difetto, ai prezzi di stima*”, e, a beneficio delle imprese fornitrici, il “*pagamento in acconto dell'80 per cento del valore delle forniture consegnate e accettate dal direttore dei lavori o dal direttore dell'esecuzione del contratto, benché non ancora inventariate*»

non trovano alcuna corrispondenza nelle previsioni statali”, non trovano alcuna corrispondenza nella normativa statale e, afferendo all’esecuzione del contratto e con essa alla disciplina sulle modalità di pagamento del corrispettivo dell’appalto, “interferiscono con le istanze di disciplina unitaria imposte dalla materia trasversale «ordinamento civile”.

2.6. La questione di legittimità costituzionale **dell’articolo 19 della l.p. 3/2020**, che, per i contratti non ancora stipulati alla data di entrata in vigore della legge, prevede l’anticipazione del prezzo, *“che potrà essere aumentato fino al 40 per cento, da corrispondere all’appaltatore entro 15 giorni dall’effettivo inizio della prestazione”* è stata ritenuta fondata. Pur facendo salvo l’articolo 49 della l.p. 16/2015, che indica un importo di anticipazione pari al 20 per cento, la disposizione *“di fatto deroga - sia pure temporaneamente - a tale previsione, introducendo la possibilità di aumentare l’anticipazione del prezzo fino al 40 per cento”*, distaccandosi dalla normativa statale, là dove l’articolo 35, comma 18, del d.lgs. 50/2016 stabilisce che l’appaltatore ha diritto a ricevere un’anticipazione del prezzo, pari al 20 per cento del valore del contratto, a condizione che sia effettivamente iniziata *“la prestazione”* e, specificatamente, *“entro quindici giorni dall’effettivo inizio della prestazione”*. Tale istituto, secondo la Corte, si colloca con tutta evidenza *“nell’ambito dell’esecuzione del contratto ed è assimilabile all’acconto sul prezzo”* afferendo alla disciplina civilistica, *“che spetta al solo legislatore statale regolare in maniera uniforme”*.

2.7. La questione di legittimità costituzionale **dell’articolo 22 della l.p. 3/2020**, secondo il quale *“[f]ermo restando quanto previsto dalla normativa statale, la durata dei contratti di appalto e di concessione in corso di esecuzione può essere prorogata per ragioni di interesse pubblico determinate da emergenze sanitarie anche oltre il termine eventualmente previsto nell’opzione di proroga indicata inizialmente nel bando e nei documenti di gara”*, è stata ritenuta fondata. La disposizione provinciale incide, infatti, su una materia di rilevanza centrale per la concorrenza delineando un contenuto *“che contraddice il precetto dell’art. 106, comma 11, cod. contratti pubblici”*, che detta la disciplina della proroga cosiddetta tecnica imponendo una duplice condizione: che sia prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga e che la proroga sia limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure per l’individuazione di un altro contraente. L’eccezionalità dell’istituto della proroga cosiddetta tecnica *“non tollera, in alcun modo, deroghe da parte della legislazione provinciale, in palese contrasto con le istanze di tutela della concorrenza”*.

2.8. La questione di legittimità costituzionale **dell’articolo 23 della l.p. 3/2020**, secondo il quale *“le disposizioni di cui agli articoli 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 e 22 sono norme speciali per far fronte all’emergenza sanitaria ed economica causata dal virus SARS-Cov-2, per cui cessano di trovare applicazione a partire dal 15 aprile 2022”*, è stata ritenuta fondata essendo detto articolo, con la sola eccezione del riferimento in esso contenuto all’articolo 15, *“affetto dai medesimi vizi di illegittimità costituzionale accertati con riferimento agli articoli già in precedenza esaminati”*, dichiarati costituzionalmente illegittimi.

Sono stati quindi dichiarati illegittimi gli articoli 13, comma 1, 14, 16, 17, 18, 19 e 22 della l.p. 3/2020, nonché dell’articolo 23 della medesima legge (limitatamente alle parole “di cui agli articoli 13, 14” e “16, 17, 18, 19 e 22”).