



DELIBERA N. 226

16 marzo 2021

Oggetto

Istanza di parere congiunta la per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Comune di Ramacca e BECAM Costruzioni S.r.l. – Lavori di completamento stadio di calcio a 11 - Importo a base della procedura: euro 1.019.080,11 - Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - S.A.: Comune di Ramacca, tramite UREGA-Servizio territoriale di Catania

PREC 53/2021/L

Riferimenti normativi

Articolo 97, comma 2 e 2-bis, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 4, l.r. Sicilia n.13/2019

Parole chiave

Calcolo soglia anomalia – Vincolatività del bando – Illegittimità costituzionale

Massima

Legge regionale - calcolo della soglia di anomalia – offerte con identico ribasso all'interno delle ali – applicabilità normativa nazionale – clausola del bando – effetto vincolante

A prescindere dall'effettiva portata del comma 1 dell'art. 4 della l.r. n. 13/2019, e anche dell'applicabilità o meno della disciplina nazionale del blocco unitario, la stazione appaltante che ha inserito nel bando una clausola che prevede il ricorso al c.d. criterio assoluto (che impone la distinta considerazione delle singole offerte, pur quando caratterizzate dal medesimo ribasso) per tutte le offerte, in qualsiasi punto della graduatoria posizionate, è da ritenere vincolata al rispetto di tale prescrizione.

Sopervenuta illegittimità costituzionale - limiti all'esercizio del potere di autotutela

La sopravvenuta illegittimità costituzionale della norma non incide sui c.d. "rapporti esauriti", residuando, in capo all'amministrazione, la possibilità di esercitare il potere di autotutela, nel rispetto dei principi e delle condizioni stabiliti dall'art.21-nonies della legge 17 agosto 1990, n.241.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 16 marzo 2021



Vista l'istanza congiunta di parere acquisita al prot. n. 11149 dell'8 febbraio 2021 (e successivamente regolarizzata con prot. n. 14306 del 18 febbraio 2021) con la quale il Comune di Ramacca e l'operatore economico BECAM Costruzioni S.r.l. hanno chiesto all'Autorità di valutare se la stazione appaltante sia tenuta a rivedere le proprie determinazioni, che hanno condotto all'aggiudicazione della gara all'operatore economico Labruna Costruzioni S.r.l., alla luce delle sentenze, intervenute successivamente, che hanno ritenuto applicabile anche alle gare bandite sotto la vigenza della l.r. Sicilia n. 13/2019 la disciplina del trattamento delle offerte con identico ribasso poste all'interno delle "ali" dettata dal d.lgs. n. 50/2016 (TAR Catania, 6 novembre 2020, n. 2913; Consiglio di giustizia amministrativa, 22 dicembre 2020, n. 1170). Le parti hanno rappresentato che la gara per l'affidamento dei lavori di completamento dello stadio è stata bandita sotto il vigore della l.r. Sicilia n. 13/2019 e che, in applicazione dell'art. 4, comma 1, di tale legge, la stazione appaltante ha determinato la soglia di anomalia considerando - nel calcolare il 10% delle offerte di maggior ribasso e il 10% delle offerte di minor ribasso da accantonare - separatamente due offerte di identico ribasso che si trovavano all'interno dell'ala inferiore. Come premesso, nella seduta del 28 ottobre 2021, a seguito dell'apertura delle offerte economiche, l'offerta più vicina per difetto alla soglia di anomalia in tal modo calcolata è risultata quella presentata dall'operatore economico Labruna Costruzioni S.r.l., a cui si è proceduto ad aggiudicare definitivamente la gara in data 10 novembre 2020. Nel mentre, con sentenza del TAR Catania del 6 novembre 2020, n. 2913, successivamente confermata dal Consiglio di giustizia amministrativa con sentenza del 22 dicembre 2020, n. 1170, il giudice amministrativo ha ritenuto che, nel silenzio del legislatore regionale in ordine alle offerte di identico ribasso posizionate all'interno delle ali, miglior criterio ermeneutico appare il mantenere, fino a dimostrazione di una volontà contraria del legislatore, l'orientamento della consolidata giurisprudenza che depone per la preferenza del cd. blocco unitario. A fronte di ciò, l'operatore economico BECAM Costruzioni S.r.l. ha contestato la graduatoria, eccependo che l'applicazione del criterio del blocco unitario avrebbe comportato l'aggiudicazione in suo favore. La stazione appaltante ha evidenziato che le sentenze poste a fondamento della pretesa di BECAM Costruzioni S.r.l. sono successive alla formazione della graduatoria e che comunque il silenzio del legislatore regionale in ordine all'accorpamento delle offerte di identico ribasso all'interno delle ali non consentirebbe alle amministrazioni di operare *de plano* in tal senso. Pur ritenendo di avere operato legittimamente, l'Amministrazione ha chiesto all'Autorità di accertare se sia tenuta, come richiesto da BECAM Costruzioni S.r.l., ad applicare retroattivamente il richiamato orientamento giurisprudenziale procedendo in autotutela;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 22 febbraio 2021 con nota prot. n. 15371;

Vista la memoria e la documentazione allegata all'istanza;

Visto quanto argomentato dall'operatore economico Labruna Costruzioni S.r.l., con memoria acquisita al prot. n. 16579 del 25 febbraio 2021, in favore della legittimità dell'operato dell'Amministrazione. L'aggiudicatario ha evidenziato come il criterio di specialità imponga l'applicazione della legge speciale, in questo caso quella regionale, a discapito del Codice dei contratti, e come il principio del *tempus regit actum* individui nella l.r. Sicilia n. 13/2019, vigente al momento della pubblicazione del bando, l'unico parametro normativo rispetto al quale valutare la legittimità delle determinazioni assunte dalla stazione appaltante. La giurisprudenza formatasi successivamente in materia non avrebbe efficacia retroattiva in termini di dovere veicolare *ex post* il relativo canone di condotta;

Visto l'art. 4, comma 1, della l.r. n. 13/2019 ai sensi del quale «*Nella Regione siciliana, le stazioni appaltanti sono tenute ad utilizzare il criterio del minor prezzo, per gli appalti di lavori d'importo pari o inferiore alla soglia comunitaria, quando l'affidamento degli stessi avviene con procedure ordinarie sulla base del progetto esecutivo. La soglia di aggiudicazione è individuata dalla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con accantonamento del 10 per cento, sia delle offerte di maggior ribasso che di quelle di minor ribasso, indipendentemente dalla presenza di più offerte aventi identico ribasso a cavallo del taglio delle ali (...)*»;

Considerato che, nelle more del presente procedimento, la Corte costituzionale, con sentenza n. 16/2021, depositata in data 11 febbraio 2021, ha ritenuto fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal



Governo nazionale relativamente all'art. 4 della l.r. n. 13/2019, tra cui quella relativa all'art. 4, comma 1, dal secondo periodo in poi, sulla base del quale è definito un metodo di calcolo della soglia di anomalia delle offerte difforme da quello previsto dal Codice dei contratti (articolo 97, commi 2, 2-bis e 2-ter), con conseguente invasione dell'ambito riservato alla competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza. A fronte di ciò, il Dipartimento Regionale Tecnico dell'Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilità, con nota prot. n. 26515 del 16 febbraio 2021, ha delineato le modalità attuative per regolare le refluenze della sentenza sulle attività di gara espletate dagli UREGA prevedendo, per i casi in cui sia già intervenuta l'aggiudicazione definitiva e siano già decorsi i termini per l'impugnativa ma non si sia ancora proceduto alla stipula del contratto, che sia facoltà del RUP, sulla base applicativa del principio di legalità, adottare una eventuale determinazione in autotutela;

Vista la memoria, acquisita al prot. n. 16054 del 24 febbraio 2021, nella quale l'UREGA di Catania (che ha espletato la gara per conto del Comune di Ramacca) ha rappresentato di avere reso edotto l'amministrazione comunale della sentenza della Corte Costituzionale e delle indicazioni fornite dalla Regione Sicilia circa l'incidenza della stessa sulle gare già bandite ed espletate;

Considerato che, per ciò che concerne l'individuazione della disciplina applicabile al calcolo della soglia di anomalia con specifico riferimento al trattamento delle offerte di identico ribasso posizionate all'interno delle ali nelle gare bandite sotto la vigenza del comma 1 dell'art. 4 della l.r. n. 13/2019, il C.G.A.R.S. ha ritenuto che, poiché la norma regionale disciplina espressamente solo il caso di offerte aventi il medesimo ribasso che si trovano a cavallo delle ali, tenuto conto delle regole che sovrintendono al rapporto fra le fonti del diritto e al riparto di competenza legislativa fra Stato e autonomie territoriali, si debba sopperire alla lacuna della disciplina regionale sul punto tramite l'applicazione della legge nazionale. Atteso che il trattamento delle offerte con identico ribasso poste all'interno delle ali è disciplinato, sul piano nazionale, dall'art. 97 del d. lgs. n. 50/2016, ciò vale a sancire l'applicabilità della regola del blocco unitario anche a livello regionale e a censurare come illegittima la scelta dell'Amministrazione di conteggiare distintamente le offerte aventi identico ribasso posizionate all'interno delle ali;

Considerato tuttavia che, nel caso in esame, la stazione appaltante, oltre ad indicare la l.r. n. 13/2019 tra le fonti normative di riferimento, ha anche inserito nel punto II.2.5 del bando una clausola puntuale che prevede che *"In applicazione dell'art. 4, comma 1, della legge regionale n. 13/2019, eventuali offerte uguali che si collochino in qualsiasi area dell'elenco delle offerte ammesse all'apertura della busta "B – Offerta digitale economica" saranno considerate distintamente e, pertanto, non verranno accorpate per formare unico ribasso"*. La previsione, che nelle intenzioni della stazione appaltante avrebbe dovuto tradurre in una esplicita regola di gara il contenuto prescrittivo dell'art. 4, comma 1, l.r. n. 13/2019, costituisce una disposizione del bando che, come il bando nel suo insieme, è vincolante (anche) per la stazione appaltante, che non può disapplicarla neppure se illegittima. Il principio, che corrisponde a orientamenti giurisprudenziali consolidati (Consiglio di Stato, 23 novembre 2020, n. 7257; 5 marzo 2020, n. 1604), si fonda sulla natura del bando di atto amministrativo a carattere normativo, *"lex specialis"* della procedura di gara, che la stazione appaltante non può legittimamente disattendere o disapplicare, a pena di violare la garanzia della *par condicio* di tutti i concorrenti. Ne consegue che, a prescindere dall'effettiva portata del comma 1 dell'art. 4 della l.r. n. 13/2019, e anche dell'applicabilità o meno della disciplina nazionale del blocco unitario, la stazione appaltante ha previsto che avrebbe considerato distintamente, e non avrebbe accorpato, le offerte uguali *"che si collochino in qualsiasi area dell'elenco delle offerte ammesse"*, stabilendo il ricorso al c.d. criterio assoluto (che impone la distinta considerazione delle singole offerte, pur quando caratterizzate dal medesimo ribasso) per tutte le offerte, in qualsiasi punto della graduatoria posizionate, e si è vincolata al rispetto di tale prescrizione;

Considerato che la sopravvenienza della sentenza della Corte Costituzionale, stante lo stato della procedura (aggiudicazione definitiva inoppugnabile), non incide direttamente sulle determinazioni della stazione appaltante. In merito, occorre, infatti, rammentare che, secondo una consolidata giurisprudenza del giudice amministrativo, le pronunce della Corte Costituzionale che colpiscono le norme applicate dalla pubblica amministrazione nell'esercizio dei propri poteri, non incidono sui cd. *"rapporti esauriti"*, dovendosi intendere, per tali, i rapporti per i quali il giudice si sia già pronunciato con sentenza definitiva ovvero siano decorsi i termini di impugnazione giurisdizionale dell'atto emanato sulla base della norma successivamente dichiarata incostituzionale (cfr. Consiglio di Stato, 11 gennaio 2013; 14 marzo 2012, n. 1429; ad. plen., 8 aprile



1963, n. 8). Va altresì osservato che, secondo la citata giurisprudenza, l'intervenuta inoppugnabilità del provvedimento non impedisce alla pubblica amministrazione di annullare l'atto illegittimo per sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata. Infatti, si osserva: «*l'inoppugnabilità determina dunque l'esaurimento del rapporto solo nei confronti del privato, interessato ad ottenere l'annullamento del provvedimento in sede giurisdizionale, ma non nei confronti della pubblica amministrazione che, una volta intervenuta la sentenza dichiarativa dell'illegittimità costituzionale, può sempre esercitare i propri poteri di autotutela*»; (TAR Lombardia Milano, sez. II, 5 novembre 2015, n.2342; Consiglio di Stato, 9 giugno 2013, n.3458; TAR Calabria Catanzaro, 17 novembre 2007, n.1721). Resta ferma, in tale caso, la necessità che l'amministrazione valuti, in maniera rigorosa, la sussistenza di un interesse pubblico all'annullamento, attuale e prevalente sulle posizioni giuridiche private costituite e consolidate medio tempore, escludendosi, in particolare, che tale interesse pubblico possa consistere nel mero ripristino della legalità violata e ciò in applicazione dei principi sempre affermati dalla giurisprudenza in materia di esercizio di autotutela che trovano riscontro nell'art. 21-nonies della legge 17 agosto 1990, n.241 (T.A.R. Lecce, sez. I, 7 dicembre 2016, n.1845; Cons. Stato Sez. IV, Sent., 10-08-2011, n. 4770) (cfr. Parere di precontenzioso n. 282 del 22 marzo 2017);

Il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono,

- l'operato della stazione appaltante conforme alle prescrizioni della *lex specialis* di gara;
- la sopravvenuta illegittimità costituzionale della norma non incidente sui c.d. "rapporti esauriti", residuando, in capo all'amministrazione la possibilità di esercitare il potere di autotutela, nel rispetto dei principi e delle condizioni stabiliti dall'art. 21- nonies l. n. 241/1990.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 marzo 2021

Per il Segretario verbalizzante Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente