



DELIBERA N. 444

9 giugno 2021

Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Istituto Autonomo Case Popolari di Messina – Completamento di n. 3 palazzine comprendenti n. 30 alloggi in Messina Località Bordonaro – S. Giovannello di proprietà dell'Istituto Autonomo Case Popolari di Messina - Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - S.A.: Istituto Autonomo Case Popolari di Messina

PREC 107/2021/L

Riferimenti normativi

Articolo 36, comma 9-bis, d.lgs. n. 50/2016

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

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

Calcolo soglia anomalia - Illegittimità costituzionale

Massima

Legge regionale - Illegittimità costituzionale – Rapporti esauriti – Retroattività degli effetti della pronuncia – Clausola illegittima - Calcolo della soglia di anomalia – Annullamento – Ripetizione fase della procedura

La pronuncia di illegittimità costituzionale produce effetti nei confronti del bando di gara determinando l'illegittimità delle clausole applicative della legge regionale dichiarata incostituzionale, quando queste sono ancora impugnabili tramite impugnativa congiunta dell'aggiudicazione e del bando, in quanto atto generale presupposto. L'annullamento della clausola del bando che disciplina il calcolo della soglia di anomalia e dei successivi atti applicativi comporta la ripetizione delle operazioni di gara dalla fase di determinazione della soglia di anomalia.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 9 giugno 2021

Vista l'istanza acquisita al prot. n. 30625 del 14 aprile 2021, con la quale l'Istituto Autonomo Case Popolari di Messina (di seguito, IACP) ha chiesto il parere dell'Autorità in ordine all'individuazione della soluzione più corretta e rispettosa delle norme applicabili a fronte della richiesta avanzata dall'operatore economico Agostaro Rosario S.r.l. di modifica delle risultanze di gara in suo favore, motivata dalla ritenuta efficacia retroattiva della sentenza n.16/2021, pubblicata in data 17 febbraio 2021, con cui la Corte costituzionale ha ritenuto fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate relativamente all'art. 4 della l.r. n. 13/2019,



tra cui quella relativa all'art. 4, comma 1, 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. Ad avviso della stazione appaltante, nel caso di specie, non avendo l'impresa Agostaro Rosario S.r.l. proposto richiesta di accesso agli atti né ricorso giurisdizionale contro gli atti della procedura già noti né contro l'aggiudicazione definitiva, la cui pubblicazione nell'Albo è stata eseguita fino al 17 febbraio 2021, l'esito della gara sarebbe divenuto inoppugnabile con conseguente impossibilità che la sentenza abbia alcuna reflessione su di esso. Tuttavia, in considerazione del fatto che la stipula del contratto alle condizioni dettate dalla disciplina di gara comporterebbe una spesa maggiore rispetto al prezzo offerto dalla ditta istante (ribasso del 19,869% *versus* 17,768%, con una differenza di spesa pari a euro 60.877,15), la stazione appaltante ha chiesto di essere confortata nella valutazione della vicenda in chiave di merito amministrativo, ovvero di economicità della scelta alla luce della sopravvenienza del dato normativo;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 28 aprile 2021 con nota prot. n. 34759;

Visto quanto evidenziato dall'UREGA Sede di Messina, con nota acquisita al prot. n. 34918 del 29 aprile 2021, in ordine alla conclusione delle operazioni di competenza della Commissione di gara in data 18 dicembre 2020, con la proposta di aggiudicazione, quando l'art. 4 della l.r. n. 13/2019 era ancora vigente, così che nulla può essere eccepito sull'operato della Commissione;

Vista la documentazione acquisita al procedimento;

Visto che in base agli artt. 136 della Costituzione e 30 della legge n. 87/1953, la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una disposizione di legge determina la cessazione della sua efficacia *erga omnes* e, sotto il profilo temporale, impedisce, dopo la pubblicazione della sentenza, che la medesima disposizione sia applicata ai rapporti pendenti in relazione ai quali essa risulti comunque rilevante e ciò indipendentemente dalla circostanza che la fattispecie sia sorta in epoca anteriore alla pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale (TAR Sicilia, Catania, II, n. 986/2021);

Considerato che, secondo il pacifico orientamento di dottrina e giurisprudenza, le sentenze della Corte costituzionale di accoglimento determinano il venir meno in via retroattiva della norma censurata, poiché operano la ricognizione di un vizio originario ed intrinseco della norma stessa, la cui eliminazione dall'ordinamento non è assimilabile a quella disposta per effetto di abrogazione in virtù di altra norma sopravvenuta (così Cons. Stato, Sez. IV, 27 settembre 2004 n. 6328), e trovano quindi l'unico limite negli effetti che la norma colpita ha irrevocabilmente prodotto, quali la preclusione nascente dal giudicato o la scadenza dei termini di prescrizione o di decadenza, oppure nell'esaurimento del rapporto (cfr. Cons. Stato, VI, n. 4513/2005; IV, n. 4583/2012). Si tratta dei cosiddetti "rapporti esauriti". Per regola generale, nell'ordinamento, un rapporto giuridico può definirsi esaurito se: a) discende da un giudicato formatosi nell'applicazione della disciplina precedente alla pronuncia di incostituzionalità e che, pertanto, sopravvive alla sentenza ad efficacia retroattiva poiché ormai fa stato tra le parti; b) si connota per inoppugnabilità derivante dall'intervenuta prescrizione o decadenza della relativa situazione giuridica soggettiva (in termini, tra le tante, Cons. Stato, IV, 1 agosto 2016, n. 3474). Pertanto, per ciò che in questa sede interessa, ovvero le reflessioni della sentenza dichiarativa di illegittimità costituzionale sull'atto amministrativo, esse sono precluse se l'atto non è più impugnabile e, qualora impugnato, se su di esso si è già formato il giudicato;

Considerato che la valutazione di inoppugnabilità va effettuata rispetto al bando di gara, in quanto atto applicativo della norma regionale dichiarata incostituzionale;

Considerato che la valutazione dell'inoppugnabilità del bando va condotta tenendo presente il peculiare regime che, sotto questo profilo, lo caratterizza. Secondo il principio enunciato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1/2003, e ribadito dalla più recente Plenaria n. 4/2018, le clausole che compongono il bando, non



dotate di una efficacia immediatamente lesiva, permettono allo stesso di essere impugnato solo all'esito della gara, insieme al provvedimento applicativo (cd. "impugnazione differita"). Si ritiene che la lesione dell'operatore economico che ritenga di essere pregiudicato dal bando diventi attuale solo con l'aggiudicazione e che prima di tale momento la sua situazione giuridica non possa essere tutelata da alcuno strumento demolitorio. Fanno eccezione le clausole aventi un effetto immediatamente escludente che, in quanto idonee a pregiudicare l'interesse immediato alla partecipazione, sono suscettibili di immediata impugnazione. Con particolare riferimento alle prescrizioni del bando che condizionano, anche indirettamente, la formulazione dell'offerta economica, tra le quali anche quelle riguardanti il metodo di gara e la valutazione dell'anomalia, la Plenaria n. 1/2003 ha affermato che *«l'effetto lesivo per la situazione del partecipante al procedimento concorsuale si verifica con l'esito negativo della procedura concorsuale o con la dichiarazione di anomalia dell'offerta. L'effetto lesivo è, infatti, conseguenza delle operazioni di gara, e delle valutazioni con essa effettuate, dal momento che è solo il concreto procedimento negativo a rendere certa la lesione ed a trasformare l'astratta potenzialità lesiva delle clausole del bando in una ragione di illegittimità concreta ed effettivamente rilevante per l'interessato: devono pertanto ritenersi impugnabili unitamente all'atto applicativo, le clausole riguardanti i criteri di aggiudicazione, anche se gli stessi sono idonei ad influire sulla determinazione dell'impresa relativa alla predisposizione della proposta economica o tecnica, ed in genere sulla formulazione dell'offerta, i criteri di valutazione delle prove concorsuali, i criteri di determinazione delle soglie di anomalie dell'offerta, nonché le clausole che precisano l'esclusione automatica dell'offerta anomala»*. Ne consegue che il bando è immediatamente impugnabile solo in *parte qua*, limitatamente alle clausole immediatamente escludenti, mentre i termini per l'impugnazione delle rimanenti prescrizioni decorrono solo dal momento dell'adozione del successivo atto applicativo (aggiudicazione), quando il bando, in quanto atto generale presupposto, diventa impugnabile tramite impugnativa congiunta dell'aggiudicazione. Ai fini dell'incidenza della pronuncia di incostituzionalità n. 16/2021, pertanto, il rapporto non può considerarsi esaurito fino allo spirare del termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione;

Considerato che, nel caso in esame, da quanto rappresentato in atti, emerge che l'aggiudicazione definitiva è stata deliberata in data 1° febbraio 2021, comunicata ai partecipanti nella stessa data e pubblicata sul sito dell'ente dal 2 al 17 febbraio 2021;

Ritenuto, alla luce di quanto sopra, che la sentenza della Corte costituzionale, pubblicata in data 17 febbraio 2021, è intervenuta prima dello spirare dei termini per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, con la conseguenza che i rapporti basati sulla norma dichiarata incostituzionale non potevano ancora ritenersi esauriti al momento della sua pubblicazione, e sono pertanto suscettibili di essere incisi dall'effetto retroattivo della pronuncia di incostituzionalità;

Considerato ulteriormente che, in base ai principi generali che regolano il diritto amministrativo, la stazione appaltante non può tuttavia limitarsi a disapplicare la norma regionale divenuta incostituzionale quando ha già adottato un atto (il bando) applicativo di tale norma. L'atto amministrativo ha infatti una vita ed una individualità propria e non resta direttamente travolto dalla cessazione di efficacia della norma. Secondo l'insegnamento della giurisprudenza e della prevalente dottrina, il regime di invalidità dell'atto amministrativo applicativo di una norma di legge successivamente dichiarata incostituzionale è di illegittimità/annullabilità e non di nullità (*ex multis*, Cons. Stato, III, n. 2843/2019). In applicazione dei richiamati principi, nel caso in esame, la stazione appaltante dovrebbe procedere anche all'annullamento, unitamente al successivo atto applicativo (aggiudicazione), delle clausole del bando basate sulla norma regionale dichiarata incostituzionale. Quanto all'effetto di un simile annullamento, occorre altresì valutare se esso comporti una modifica della *lex specialis* tale da richiedere la riedizione della procedura di gara o se la etero-integrazione delle clausole annullate con la disciplina nazionale consenta alla stazione appaltante di ripetere le operazioni di gara a partire dal calcolo della soglia di anomalia. L'art. 4, comma 1, della l.r. n. 13/2019 prevedeva, nella prima parte, l'obbligo di utilizzo del criterio del minor prezzo negli appalti di lavoro sottosoglia in luogo della facoltà di scelta tra i due criteri stabilita dall'art. 36, comma 9-bis del Codice e, nella seconda da parte, una modalità di calcolo della soglia di anomalia difforme da quella disciplinata dall'art. 97 del Codice. Il giudizio di incostituzionalità ha riguardato entrambe le



previsioni. Nel caso *de quo*, il bando di gara prevede, nel punto II.2.5, che *"l'aggiudicazione sarà effettuata con il criterio del minor prezzo ai sensi dell'art. 36, comma 9 BIS del "Codice", e che "La commissione di gara procede alla determinazione della soglia di aggiudicazione mediante il ricorso al metodo di calcolo di cui all'art. 4 della Legge Regionale n. 13/2019"*. Ne consegue (anche alla luce della sentenza del TAR Sicilia, Catania, II, n. 986/2021) che l'effetto della declaratoria di incostituzionalità opera nei soli confronti del criterio di determinazione della soglia di anomalia, e non del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, che risulta conforme alla disciplina nazionale. Pertanto l'annullamento della clausola del bando applicativa del metodo regionale del calcolo della soglia di anomalia, del conseguente verbale e della delibera di aggiudicazione non comporta la rinnovazione integrale della gara ma solo la ripetizione dell'ultimo segmento (dal calcolo della soglia), in quanto la *lex specialis* non risulta modificata quanto al criterio di aggiudicazione ma solo con riferimento alle oggettive modalità di calcolo della soglia, così che non è ravvisabile *«alcuna esigenza di consentire alle imprese la modificazione delle offerte in ragione della nuova regola di selezione»* (TAR Catania, cit.);

Ritenuto che quanto sin qui considerato sia assorbente dell'ulteriore quesito della stazione appaltante che, di contro, presuppone l'"esaurimento" dei rapporti;

Il Consiglio

ritiene, sulla base della documentazione portata a conoscenza dell'Autorità e delle motivazioni che precedono, che

- il bando di gara è immediatamente impugnabile solo in *parte qua*, limitatamente alle clausole immediatamente escludenti, mentre i termini per l'impugnazione delle rimanenti prescrizioni decorrono dal momento dell'adozione del successivo atto applicativo (aggiudicazione);
- nel caso di specie, al momento della sopravvenuta pronuncia di incostituzionalità, i rapporti basati sulla norma giudicata incostituzionale non potevano ancora ritenersi esauriti e sono pertanto suscettibili di essere incisi dall'effetto retroattivo della sentenza;
- l'effetto retroattivo della pronuncia di illegittimità costituzionale incide sul bando determinando l'illegittimità di quelle clausole, applicative della legge regionale dichiarata incostituzionale, ancora impugnabili tramite impugnativa congiunta dell'aggiudicazione e del bando, in quanto atto generale presupposto;
- l'annullamento della clausola del bando che richiama il metodo regionale del calcolo della soglia di anomalia e dei successivi atti applicativi non comporta la rinnovazione integrale della gara ma solo la ripetizione delle operazioni dalla fase di determinazione della soglia di anomalia.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 16 giugno 2021

Per il Segretario verbalizzante Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente