



DELIBERA N. 571

21 luglio 2021

Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da EPS s.n.c. di Palumbo Ottavio & C. – Lavori di manutenzione straordinaria del centro per animali di affezione sito in Trapani località Cuddia - Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - Importo a base di gara: 98.675,70 € - S.A.: Comune di Trapani

PREC 147/2021/L

Riferimenti normativi

Articolo 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016

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

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

Parole chiave

Calcolo soglia anomalia - Illegittimità costituzionale

Costi della manodopera

Massima

Legge regionale - Illegittimità costituzionale – Rapporti esauriti – Retroattività degli effetti della pronuncia

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.

Legge regionale - Costi della manodopera – Non soccorribilità

L'art. 4 della l.r. n. 13/2019 non detta una disciplina in materia di indicazione dei costi della manodopera contrastante con quanto disposto dall'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016 circa la necessità di indicare nell'offerta economica i costi della manodopera e gli oneri aziendali. Ne consegue che l'applicazione dell'art. 4 della l.r. n. 13/2019 (prima della sua dichiarazione di incostituzionalità) non avrebbe consentito la disapplicazione dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale il costo della manodopera costituisce un elemento essenziale dell'offerta economica, non suscettibile di modifica e/o integrazione in corso di gara né in sede di soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione
nell'adunanza del 21 luglio 2021

Vista l'istanza acquisita al prot. n. 45668 dell'8 giugno 2021 (regolarizzata tramite prot. n. 48370 del 17 giugno 2021), nella quale l'operatore economico EPS s.n.c. di Palumbo Ottavio & C. ha rilevato che alcuni partecipanti



alla procedura non hanno dichiarato nella propria offerta i costi della manodopera, nonostante figurassero tra i documenti richiesti obbligatoriamente ai fini della partecipazione, e che la stazione appaltante ha giustificato la mancata esclusione dei concorrenti che sono incorsi in tale omissione sostenendo che, nel caso di specie, i costi della manodopera possono non essere presi in considerazione perché il calcolo della soglia di aggiudicazione è stato fatto ai sensi dell'art. 4 della L.R. Sicilia n. 13/2019 e non ai sensi dell'art. 97 d.lgs. n. 50/2016;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 22 giugno 2021 con nota prot. n. 49311;

Vista la documentazione allegata all'istanza di parere;

Visto l'art. 4 della L.R. Sicilia n. 13/2019;

Considerato che con sentenza n. 16/2021, pubblicata in data 17 febbraio 2021, la Corte costituzionale ha ritenuto fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate relativamente all'art. 4 della l.r. n. 13/2019, sia con riferimento al comma 1, primo periodo, dove viene stabilito l'obbligo per le stazioni appaltanti di utilizzare il criterio del minor prezzo nei casi in cui l'affidamento degli appalti di lavori d'importo pari o inferiore alla soglia comunitaria avvenga con procedure ordinarie sulla base del progetto esecutivo, sia con riferimento al comma 1, secondo periodo e al comma 2, nei quali sono delineate le modalità di calcolo della soglia di anomalia delle offerte;

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 refluenze della sentenza dichiarativa di illegittimità costituzionale, esse sono precluse rispetto a situazioni giuridiche "consolidate" per effetto di eventi che l'ordinamento giuridico riconosce idonei a produrre tale effetto, quali le sentenze passate in giudicato, l'atto amministrativo non più impugnabile, la prescrizione e la decadenza;

Considerato che, nel caso in esame, la valutazione di inoppugnabilità va effettuata rispetto al bando di gara, in quanto atto applicativo della norma regionale dichiarata incostituzionale, tenendo presente il peculiare regime che, sotto questo profilo, lo caratterizza, in forza del quale le clausole che lo compongono, 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"). Tra le clausole considerate insuscettibili di immediata impugnazione, in quanto non immediatamente escludenti, sono annoverate quelle che condizionano, anche indirettamente, la formulazione dell'offerta economica, tra cui anche quelle riguardanti il metodo di gara e la valutazione dell'anomalia (Cons. Stato, Ad. Plenaria n. 1/2003). Ne consegue che i termini per l'impugnazione di tali 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, come emerge dalla documentazione acquisita agli atti, la dichiarazione di incostituzionalità è intervenuta prima dell'adozione dell'aggiudicazione – che, per quanto consta, non è ancora stata deliberata, avendo avuto notizia solo della proposta di aggiudicazione formulata in data 20 maggio 2021 all'esito del calcolo della soglia di aggiudicazione ai sensi dell'art. 4 della l.r. n. 13/2019 effettuato in pari data (verbale n. 16) – quando il rapporto non poteva considerarsi "esaurito" alla luce dei parametri sopra indicati ed era dunque suscettibile di essere inciso dalle refluenze della sentenza dichiarativa di illegittimità costituzionale;

Ritenuto, in ragione di quanto sopra, che la stazione appaltante non avrebbe dovuto applicare (in data 20 maggio 2021) le clausole del bando basate sulla norma regionale già dichiarata incostituzionale (clausole che avrebbero dovuto propriamente essere annullate), ma la disciplina nazionale in materia di calcolo della soglia di anomalia. Quanto agli effetti di una simile operazione – riedizione completa della procedura di gara o ripetizione delle operazioni di gara a partire dal calcolo della soglia di anomalia - alla luce della recente sentenza del TAR Catania, II, n. 986/2021, occorrerebbe verificare se la *lex specialis* (che non risulta versata in atti) sarebbe risultata modificata solo con riferimento alle oggettive modalità di calcolo della soglia di anomalia (nel quale caso sarebbe stato sufficiente ripetere le operazioni di gara a partire dal calcolo della soglia) o anche quanto alla determinazione del criterio di aggiudicazione (con conseguente necessità di rinnovazione integrale della gara);

Considerato, per completezza, che, a prescindere dall'incidenza della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4 della l.r. n. 13/2019, la menzionata norma regionale si limitava a disciplinare, in contrasto con quanto previsto dall'art. 36, comma 9-*bis*, d.lgs. n. 50/2016, la determinazione del criterio di aggiudicazione nei contratti sotto soglia, e, in contrasto con l'art. 97, commi 2, 2-*bis* e 2-*ter*, d.lgs. n. 50 del 2016, le modalità di calcolo della soglia di anomalia, ma non conteneva prescrizioni contrastanti con quanto disposto dall'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016 circa la necessità di indicare nell'offerta economica i costi della manodopera e gli oneri aziendali. Ne consegue che l'invocata applicazione dell'art. 4 della l.r. n. 13/2019 non avrebbe potuto comunque valere a giustificare la disapplicazione dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale il costo della manodopera costituisce un elemento essenziale dell'offerta economica, non suscettibile di modifica e/o integrazione in corso di gara né in sede di soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016 (cfr., Cons. Stato, Ad. Plenaria n. 3/2019; Parere di precontenzioso delibera n. 227/2021);

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono, che

- al momento della pronuncia di incostituzionalità, i rapporti basati sulla norma giudicata incostituzionale non erano esauriti ed erano pertanto suscettibili di essere incisi dalle refluenze della sentenza dichiarativa di illegittimità costituzionale;
- l'applicazione dell'art. 4 della l.r. n. 13/2019 non avrebbe potuto comunque consentire la disapplicazione dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale il costo della manodopera costituisce un elemento essenziale dell'offerta economica, non suscettibile di modifica e/o integrazione in corso di gara né in sede di soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016.



Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 27 luglio 2021
Per il Segretario Maria Esposito
Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente