

DELIBERA N. 388

12 maggio 2021.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Constructa Plus S.r.l. – Lavori di ripristino delle condizioni di sicurezza della strada provinciale ex ASI – Importo a base di gara: euro 1.697.979,25 – S.A. Libero Consorzio Comunale di Trapani

PREC 99/2021/L

Riferimenti normativi

Articolo 97, co. 2 e 2-*bis* d.lgs. n. 50/2016; art. 4 L.R. Sicilia n. 13/2019

Parole chiave

Illegittimità costituzionale – calcolo soglia di anomalia - ripetizione

Massima

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

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. 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 12 maggio 2021



DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 25981 del 27 marzo 2021, presentata da Constructa Plus S.r.l. in qualità di consorziata del concorrente Consorzio Stabile Ventimaggio Soc. Consortile a r.l. designata come esecutrice del contratto, con cui essa rappresenta che in data 25 gennaio 2021, all'esito della gara in oggetto, veniva approvata la proposta di aggiudicazione a favore del predetto Consorzio. La consorziata istante riferisce che, tuttavia, il successivo 25 febbraio 2021 la S.A. comunicava l'avvio del procedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione stessa alla luce della sentenza della Corte Costituzionale 11 febbraio 2021, n. 16, che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, co. 1 e 2 della legge regionale 19 luglio 2019, n. 13, norma di cui era stata fatta applicazione nella gara in oggetto in relazione al calcolo della soglia di anomalia. A seguito del provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione, la S.A. procedeva quindi a rideterminare la soglia di anomalia ai sensi del d.lgs. 50/2016, e all'individuazione del nuovo aggiudicatario Marturana Costruzioni S.r.l.. L'o.e. istante chiede un parere sulla correttezza dell'operato della S.A., sostenendo l'inoppugnabilità dell'aggiudicazione che, a suo parere, aveva ormai prodotto una situazione giuridica consolidata e intangibile, richiamando altresì la necessità di una valutazione comparativa fra interesse privato e interesse pubblico alla rimozione dell'atto, oltre che dell'affidamento ingenerato nelle imprese partecipanti in ordine all'applicazione di regole predeterminate. Quale ulteriore profilo di doglianza, l'istante eccepisce la violazione del contraddittorio in quanto la comunicazione di avvio del procedimento di annullamento dell'aggiudicazione recava la medesima data del provvedimento finale;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 19 aprile 2021, con nota prot. n. 31857 e la successiva integrazione del contraddittorio effettuata nei confronti del Consorzio stabile Ventimaggio Soc. Consortile a r.l. con nota prot. 34509 del 27 aprile 2021;

VISTA la memoria della stazione appaltante, acquisita al prot. n. 32705 del 21 aprile 2021, con cui essa rappresenta che si rendeva necessario annullare l'aggiudicazione non ancora efficace, e procedere alla ripetizione della gara a partire dal calcolo della soglia di anomalia, in quanto la norma regionale che prevedeva un metodo di calcolo della soglia di anomalia difforme da quello contemplato nel codice dei contratti veniva dichiarata illegittima, poiché lesiva della competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza. A supporto del proprio operato, la S.A. richiama la sentenza del Tar Sicilia Catania n. 986/2021, pronunciata su un caso analogo. Con successiva memoria essa evidenzia che il procedimento di annullamento iniziava in data 25 febbraio 2021 e si concludeva il successivo 10 marzo;

VISTE le memorie della controinteressata Marturana Costruzioni S.r.l., acquisite ai prot. n. 34196 del 27 aprile 2021 e n. 35700 del 3 maggio 2021, con cui essa eccepisce preliminarmente il difetto di legittimazione dell'istante a presentare istanza di precontenzioso in quanto consorziata designata come esecutrice dal Consorzio concorrente ma non concorrente essa stessa, ed inoltre ritiene infondata la richiesta anche nel merito;

VISTA la memoria Consorzio Stabile Ventimaggio Soc. Consortile a r.l., acquisita al prot. n. 35621 del 30 aprile 2021, con cui il consorzio comunica di condividere *in toto* l'istanza di parere presentata dalla propria consorziata, specificando altresì che quest'ultima vanta un interesse concreto alla presentazione dell'istanza di parere in quanto designata come esecutrice del contratto. Ribadisce poi che la dichiarazione di illegittimità costituzionale non poteva incidere sui rapporti esauriti, e che essendo



l'aggiudicazione del 25 gennaio 2021 divenuta inoppugnabile dopo 30 giorni, l'avvio del procedimento di annullamento, datato 25 febbraio 2021, risultava tardivo;

RITENUTO di ammettere, nel caso di specie, l'istanza di parere proposta dalla consorziata indicata come esecutrice, in considerazione della natura non vincolante del parere e dell'effettiva coincidenza dell'interesse concreto della consorziata esecutrice con l'interesse del consorzio concorrente;

VISTA la delibera Anac n. 347 del 27 aprile 2021, che richiama il pacifico orientamento di dottrina e giurisprudenza secondo il quale 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). Il principio è ribadito anche dal giudice civile («*Le pronunce di accoglimento della Corte Costituzionale hanno effetto retroattivo, inficiando fin dall'origine la validità e l'efficacia della norma dichiarata contraria alla Costituzione, salvo il limite delle situazioni giuridiche "consolidate" per effetto di eventi che l'ordinamento giuridico riconosce idonei a produrre tale effetto, quali le sentenze passate in giudica, l'atto amministrativo non più impugnabile, la prescrizione e la decadenza*»; Cass. civ. sez. III 28 luglio 1997 n. 7057). Pertanto, per ciò che in questa sede interessa, ovvero le refluenze 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 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 (delibera n. 347/2021 cit.);

VISTA la giurisprudenza che ha evidenziato come «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 [...] Quanto ai provvedimenti amministrativi emanati sulla base di una disposizione dichiarata costituzionalmente illegittima, essi vanno conseguentemente annullati, pur se conformi alla legge alla data in cui furono emanati, poiché la declaratoria di incostituzionalità rileva per tutte le situazioni pendenti [...] Quanto agli effetti di tale annullamento, esso determina [...] la ripetizione delle operazioni di gara dalla fase di determinazione della soglia di anomalia, con applicazione del criterio previsto dalla disciplina nazionale in sostituzione di quello previsto dalla normativa regionale dichiarata illegittima» (T.A.R Catania, 29 marzo 2021, n. 986);

CONSIDERATO che, nel caso di specie, la sentenza della Corte costituzionale n. 16/2021 era depositata in data 11 febbraio 2021 e pubblicata in data 17 febbraio 2021, e dunque prima dello scadere dei termini



per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione; che conseguentemente, in data 25 febbraio 2021, la stazione appaltante avviava il procedimento di annullamento dell'aggiudicazione e incaricava la commissione, il successivo 8 marzo, di individuare un nuovo aggiudicatario applicando i criteri previsti dall'art. 97 del Codice dei contratti (delibera RUP prot. n. 0004451 del 2 marzo 2021); che in data 10 marzo 2021, la commissione procedeva in applicazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 con conseguente riformulazione della graduatoria e nuova aggiudicazione sulla base delle norme legittimamente applicabili;

CONSIDERATO quindi che, ai fini dell'incidenza della pronuncia di incostituzionalità n. 16/2021, essendo la sentenza della Corte Costituzionale intervenuta prima dello spirare dei termini per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, i rapporti basati sulla norma dichiarata incostituzionale non potevano ritenersi esauriti e dovevano pertanto ritenersi suscettibili di essere incisi dall'effetto retroattivo della pronuncia di incostituzionalità. Inoltre, proprio alla luce della giurisprudenza appena citata, 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* risulta modificata solo con riferimento alle oggettive modalità di calcolo della soglia (TAR Catania, cit.);

RITENUTO che l'annullamento della clausola del bando che disciplina il calcolo della soglia di anomalia, e dei successivi atti applicativi, comporti la ripetizione delle operazioni di gara a partire dalla fase di determinazione della soglia di anomalia;

RITENUTO che tutto quanto sopra considerato sia assorbente delle doglianze dell'istante;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che:

- nel caso di specie, al momento della pubblicazione della pronuncia di incostituzionalità i rapporti basati sulla norma dichiarata incostituzionale non potevano ritenersi esauriti e dovevano pertanto ritenersi suscettibili di essere incisi dall'effetto retroattivo della sentenza;
- 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 a partire dalla fase di determinazione della soglia di anomalia.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia



Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19 maggio 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente