



DELIBERA N. 356

5 maggio 2021

Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da DAMIGA S.r.l. - Interventi per la valorizzazione della necropoli di Abaceno - Importo a base della procedura: euro 644.227,12 - Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - S.A.: Soprintendenza per i Beni Culturali ed Ambientali di Messina

PREC 91/2021/L

Riferimenti normativi

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 5 maggio 2021

Vista l'istanza acquisita al prot. n. 24727 del 24 marzo 2021 con la quale l'operatore economico DAMIGA S.r.l., in qualità di mandataria dell'ATI costituenda con Flavia Costruzioni S.r.l., ha censurato la revoca dell'aggiudicazione della gara e il ricalcolo della soglia di anomalia e della graduatoria che ha condotto la stazione appaltante a deliberare l'aggiudicazione in favore dell'impresa Isa Restauri e Costruzioni S.r.l.. L'istante ha rappresentato che, a seguito della sentenza n. 16/2021, depositata in data 11 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 – in data 2 marzo 2021, la stazione appaltante ha deliberato la revoca della procedura di gara e, pertanto, l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva e ha incaricato la commissione di individuare un nuovo aggiudicatario applicando i criteri previsti dall'art. 97 del Codice dei contratti. Ad avviso dell'istante, l'operato della stazione appaltante sarebbe censurabile per i seguenti motivi:

- (i) violazione delle garanzie procedurali. Il Comune non ha comunicato l'avvio del procedimento impedendo all'istante di argomentare in contraddittorio con l'amministrazione;
- (ii) violazione del principio di invarianza della media di aggiudicazione, a cui l'amministrazione si è era espressamente autovincolata nel bando, e che secondo la giurisprudenza è precipuamente applicabile nel caso, come quello in esame, di inversione procedimentale;
- (iii) inapplicabilità della sentenza n. 16/2021. Costituisce principio consolidato quello secondo cui la dichiarazione di illegittimità costituzionale ha efficacia *ex tunc* salvo il limite dei rapporti c.d. "esauriti", quali, come nel caso in esame, quelli divenuti incontrovertibili per il maturarsi di prescrizione o di decadenza. Nel caso *de quo* il bando recante la disciplina del calcolo della soglia di anomalia non è stato impugnato;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 12 aprile 2021 con nota prot. n. 29874;

Visto quanto argomentato dall'operatore economico Isa Restauri e Costruzioni S.r.l. in favore della legittimità dell'operato dell'Amministrazione con nota acquisita al prot. n. 30711 del 14 aprile 2021, nella quale si sostiene l'inconfigurabilità, nel caso in esame, di un'ipotesi di "rapporti esauriti";

Visto quanto replicato dall'istante, con nota acquisita al prot. n. 31524 del 16 aprile 2021, circa la non pertinenza del termine per impugnare l'aggiudicazione definitiva ai fini della verifica dell'incontrovertibilità dei rapporti,

Visto quanto ulteriormente ribadito dall'impresa Isa Restauri e Costruzioni S.r.l., con nota prot. n. 31702 del 19 aprile 2021, in ordine al non "esaurimento" dei rapporti in esame;

Vista la documentazione allegata all'istanza di parere;

Considerato che risulta logicamente prioritaria ai fini dell'emissione del parere la valutazione della terza censura formulata dall'istante, relativa all'inapplicabilità al caso in esame della sentenza n. 16/2021 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 4, comma 1, della l.r. n. 13/2019, e che pertanto si procede allo scrutinio dell'istanza a partire da quest'ultima doglianza;

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). 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 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 un principio esplicitato 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, dalla documentazione prodotta, emerge che il bando è stato pubblicato in data 23 settembre 2020; che in data 10 febbraio 2021 è stata deliberata l'aggiudicazione definitiva in favore dell'istate; che in data 11 febbraio 2021 è stata depositata e in data 17 febbraio 2021 è stata pubblicata la sentenza della Corte costituzionale n. 16/2021; che in data 2 marzo 2021 la stazione appaltante ha deliberato di revocare la procedura di gara e, pertanto, di annullare l'aggiudicazione definitiva e ha incaricato la commissione 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 15 marzo 2021, la commissione, riconvocata, ha ricalcolato la graduatoria applicando l'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 e ha aggiudicato provvisoriamente la gara a Isa Restauri e Costruzioni S.r.l. (verbale n. 2/4-2021);

Ritenuto, alla luce di quanto sopra, che, essendo la sentenza della Corte costituzionale intervenuta prima dello spirare dei termini per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, nel caso in esame, i rapporti basati sulla norma dichiarata incostituzionale non potevano ancora ritenersi esauriti, alla stregua dei principi sopra



rammentati, e dovevano pertanto ritenersi 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 ha avrebbe dovuto procedere anche all'annullamento, unitamente ai successivi atti applicativi (verbale e aggiudicazione), delle clausole del bando basate sulla norma regionale dichiarata incostituzionale. Quanto all'effetto di un simile annullamento, occorre altresì valutare se comporti una modifica della *lex specialis* tale da richiedere la riedizione della procedura di gara o se la sostituzione 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, nel punto II.2.5, prevede che l'aggiudicazione sarà effettuata con il criterio del minor prezzo inferiore a quello a base di gara «*ai sensi dell'art. 36, comma 9-bis del "Codice dei contratti"*» e che, nello stesso punto, prevede che l'aggiudicazione sia effettuata «*secondo le disposizioni secondo le disposizioni di cui all'art. 4 della Legge Regionale n. 13 del 19 luglio 2019*». Ne consegue (anche alla luce della recente sentenza del TAR 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 delle ulteriori doglianze dell'istante che, di contro, presuppongono l'"esaurimento" dei rapporti;

Il Consiglio

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

- 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 dovevano pertanto ritenersi 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 10 maggio 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente