



DELIBERA N. 389

12 maggio 2021

Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da SGARITO Group S.r.l. - Lavori di manutenzione straordinaria della palazzina sita in Mussomeli via Indipendenza n. 39 oltre alla ristrutturazione di n. 3 alloggi censiti al C.N.E.U. foglio 28 part. 1913 sub. 2-4-8 - Importo a base della procedura: euro 382.070,10 - Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - S.A.: Istituto Autonomo Case Popolari di Caltanissetta

PREC 92/2021/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 – Criterio di aggiudicazione – Annullamento – Ripetizione della gara

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 criterio di aggiudicazione, e dei successivi atti applicativi, comporta la ripetizione integrale della gara.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 12 maggio 2021

Vista l'istanza acquisita al prot. n. 26648 del 30 marzo 2021_con la quale l'operatore economico SGARITO Group S.r.l. ha censurato l'annullamento dell'aggiudicazione della gara in suo favore e il ricalcolo della soglia di anomalia e della graduatoria che ha condotto la stazione appaltante ad aggiudicare la gara all'Impresa Edile Giacalone Gaspare. L'istante ha rappresentato che, a seguito 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 – la stazione appaltante ha deliberato 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. 29878;

Vista la ricostruzione completa dell'*iter* procedimentale che ha condotto alla riedizione del subprocedimento di calcolo della soglia di anomalia e all'aggiudicazione all'Impresa Edile Giacalone Gaspare, caratterizzato da una prima riapertura della gara, in data 21 gennaio 2021, disposta per verificare il rispetto del principio statuito dal TAR Catania (sentenza n. 2913/2020), che si è conclusa con una nuova proposta di aggiudicazione sempre nei confronti di SGARITO Group S.r.l. in data 8 febbraio 2021, come rappresentato dalla stazione appaltante con la nota acquisita al prot. n. 31187 del 15 aprile 2021;

Visto quanto argomentato dall'operatore economico Impresa Edile Giacalone Gaspare in favore della legittimità dell'operato dell'Amministrazione con nota prot. n. 31507 del 16 aprile 2021, nella quale si sostiene, in particolare, l'inconfigurabilità, nel caso in esame, di una ipotesi di "rapporti esauriti", stante l'annullamento della prima aggiudicazione a SGARITO Group S.r.l. del 4 dicembre 2020 e la contestuale riapertura della gara che ha condotto a una nuova aggiudicazione non ancora definitiva al momento della pubblicazione della pronuncia della Corte Costituzionale;

Visto quanto replicato dall'istante, con nota acquisita al prot. n. 31761 del 19 aprile 2021, circa *(i)* l'illegittimità del provvedimento con cui l'Amministrazione ha disposto la prima riapertura della gara, adottato in assenza di un interesse pubblico concreto e in violazione della novella apportata al comma 8 dell'art. 32 del Codice dal d.l. n. 76/2020 in forza della quale la stipula del contratto deve avere luogo entro 60 giorni dall'aggiudicazione definitiva; nonché *(ii)* l'illegittimità del provvedimento con cui l'Amministrazione ha disposto la seconda riapertura della gara, intervenuta a fronte di un rapporto esaurito nei confronti del quale la sentenza della Corte Costituzionale non avrebbe potuto produrre alcun effetto;

Visto quanto ribadito dall'UREGA Sede di Caltanissetta, con nota acquisita al prot. n. 31733 del 19 aprile 2021, a sostegno della non definitività della seconda aggiudicazione in favore di SGARITO Group S.r.l. disposta a seguito della rinnovazione della gara nel rispetto dell'orientamento giurisprudenziale espresso dal TAR Catania;

Vista la documentazione acquisita al procedimento;

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, da quanto rappresentato in atti, emerge che in data 21 gennaio 2021 l'amministrazione ha sospeso l'esecutività dell'aggiudicazione del 4 dicembre 2020. La motivazione della sospensione risiede nella supposta necessità di rimettere gli atti di gara al Presidente della Commissione affinché, nel caso in cui la Commissione stessa avesse ravvisato che, nel calcolo della soglia di anomalia, le operazioni si erano svolte senza tenere conto di una nota del Dipartimento Regionale Tecnico dell'Assessorato Reg. Infrastrutture e Mobilità – la nota prot. n.188114 del 17 dicembre 2020 – provvedesse alla rinnovazione delle stesse. Come riferito dalla stazione appaltante (e confermato dall'UREGA Sede di Caltanissetta), la menzionata nota dell'Assessorato invitava gli UREGA della Sicilia ad operare, nell'applicazione del criterio di aggiudicazione di cui all'art. 4 l.r. n. 13/2009, nel rispetto di quanto indicato nella sentenza n. 2913/2020 dal TAR Catania, ovvero di considerare come un'unica offerta le offerte collocate all'interno del taglio delle ali aventi la medesima percentuale di ribasso. A seguito di ciò, la gara è stata riaperta e, nel corso della seduta dell'8 febbraio 2021, la commissione, procedendo, nel caso di ribassi identici all'interno delle ali, secondo i dettami enunciati dal TAR Catania, ha ricalcolato la soglia di anomalia e ottenuto un risultato quasi identico al precedente (19,4948% invece di 19,4949%), che ha determinato la riproposizione dell'aggiudicazione nei confronti dello stesso SGARITO Group S.r.l.. In un secondo momento, dopo avere appreso dell'intervenuta pronuncia della Corte Costituzionale, e visto quanto rappresentato dall'UREGA in una nota del 19 febbraio 2021 circa la necessità di revocare la proposta di aggiudicazione formulata dalla Commissione e di individuare l'aggiudicatario sulla base dell'art. 97 d.lgs. n. 50/2016, la stazione appaltante, in data 2 marzo 2021, ha annullato l'aggiudicazione del 4 dicembre, e, in data 4 marzo 2021, ha rimesso nuovamente gli atti di gara al Presidente. La commissione, riunitasi in data 18 marzo 2021, ha quindi ricalcolato la soglia di anomalia in applicazione della normativa nazionale e proposto l'aggiudicazione in favore della Impresa Edile Giacalone Gaspare;

Ritenuto che l'eventuale illegittimità del provvedimento con cui la stazione appaltante ha disposto la prima riapertura della gara non può essere utilmente invocata ai fini del diniego della pendenza del rapporto al momento della pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale. L'istante ha censurato sotto molteplici profili la conformità a legge di tale provvedimento. Le argomentazioni utilizzate, per quanto condivisibili e, si ritiene, fondate – ci si riferisce, in particolare, alla mancata motivazione in ordine alla sussistenza di un concreto interesse alla riapertura – non possono tuttavia valere a negare l'efficacia degli atti posti in essere dall'amministrazione nel senso della rinnovazione delle operazioni di gara e del ricalcolo della soglia di anomalia con applicazione del criterio del "blocco unitario" per le offerte di identico ribasso posizionate all'interno delle ali. Ne consegue, alla stregua dei principi sopra rammentati, che il rapporto (riaperto) non poteva considerarsi esaurito al momento della pubblicazione della pronuncia di incostituzionalità e pertanto va ritenuto suscettibile di essere inciso dall'effetto retroattivo di questa;

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 al successivo atto applicativo (proposta di 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 disciplinare di gara, a pag. 2, prevede che l'affidamento avverrà "mediante utilizzo del criterio del minor prezzo ai sensi dell'art. 4 della Legge Regionale 26 luglio 2019 n. 13" e, a pag. 15, che la commissione procede all'esclusione delle offerte che presentano una percentuale di ribasso superiore "alla soglia di anomalia determinata con il metodo di calcolo di cui all'art. 4 della Legge Regionale 26 luglio 2019 n. 13". Ne consegue che l'effetto della declaratoria di incostituzionalità opera nei confronti di entrambe le clausole (criterio di aggiudicazione del prezzo più basso e modalità di calcolo della soglia di anomalia.). Alla luce della recente sentenza del TAR Catania, II, n. 986/2021, ciò dovrebbe comportare la rinnovazione integrale della gara, in quanto la *lex specialis* risulta modificata non solo con riferimento alle oggettive modalità di calcolo della soglia ma anche quanto al criterio di aggiudicazione, (che non risulta infatti conforme a quello nazionale);

Ritenute assorbite le ulteriori doglianze;

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
- nel caso di specie, al momento della sopravvenuta pronuncia di incostituzionalità, i rapporti basati sulla norma giudicata incostituzionale non potevano ancora ritenersi esauriti, stante la riapertura delle operazioni di gara, 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 prevede il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso ai sensi della legge regionale comporta la rinnovazione integrale della gara.

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

