



Codice Fiscale 80012000826
Partita I.V.A. 02711070827

Regione Siciliana
ASSESSORATO REGIONALE DELLE INFRASTRUTTURE
E DELLA MOBILITÀ'
DIPARTIMENTO REGIONALE TECNICO
VIA MUNTER N. 21 – 90145 – PALERMO

Aree e Servizi Tecnici centrali
Uffici del Genio Civile
Uffici Regionali Espletamento Gare d'Appalto
Osservatorio Lavori Pubblici
Organismo di Ispezione

IL DIRIGENTE GENERALE

Prot. n. 26515 del 16/02/2021

OGGETTO: Modalità attuative per regolare le refluenze della Sentenza 16/2021 della Corte Costituzionale sulle attività di gara espletate dagli UREGA.

Ai Dipartimenti Regionali della Regione Siciliana
PALERMO

Alle Aree e Servizi del Dipartimento Regionale Tecnico
Loro Sedi

Agli Uffici Speciali della Regione Siciliana
Loro Sedi

A tutte le Stazioni Appaltanti della Regione
Loro Sedi

E p. c.

Alla Presidenza della Regione Siciliana
Palazzo D'Orleans PALERMO

All'Assessore Regionale delle infrastrutture e della mobilità
Via L. Da Vinci 161, PALERMO

Agli Assessorati della Regione Siciliana
Loro Sedi, PALERMO

Con sentenza n. 16/2021, depositata l'11 febbraio 2021 ed in corso di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, la Corte Costituzionale ha dichiarato, tra l'altro, l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, commi 1 e 2, della legge della Regione Siciliana 19 luglio 2019, n. 13 (Collegato al DDL n.

476 'Disposizioni programmatiche e correttive per l'anno 2019. Legge di stabilità regionale') ritenendo fondate le seguenti questioni sollevate dal Governo nazionale:

a) quella relativa all'art. 4, comma 1, primo periodo, della legge della Regione Siciliana n. 13 del 2019, a tenore del quale, nel territorio regionale «*le stazioni appaltanti sono tenute ad utilizzare il criterio del minor prezzo, per gli appalti di lavori d'importo pari o inferiore alla soglia comunitaria, quando l'affidamento degli stessi avviene con procedure ordinarie sulla base del progetto esecutivo*», introducendo, in capo alle stazioni appaltanti, un vero e proprio vincolo all'utilizzo del criterio del minor prezzo;

b) quella relativa all'art. 4, comma 1 (dal secondo periodo in poi), e comma 2, sulla base del quale si definisce un metodo di calcolo della soglia di «anomalia» delle offerte difforme da quello previsto dal codice dei contratti pubblici, con conseguente invasione dell'ambito riservato alla competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza; disciplina in contrasto con quella di cui all'articolo 97, commi 2 e 2-bis, e 2-ter del d.lgs. n. 50/2016.

Sulla base delle suddette statuizioni, le stazioni appaltanti saranno tenute ad applicare le norme previste dagli artt. 95 e 97 del Decreto Legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e successive modifiche ed integrazioni, come modificato, in particolare dall'art. 1 della legge n. 55 del 2019.

E' pacifico che, per gli appalti di lavori, i due criteri (quello dell'offerta più vantaggiosa e quello del minor prezzo) saranno, d'ora in poi, alternativi senza vincoli, e la scelta sarà, appunto, rimessa alla stazione appaltante, fatti salvi casi specifici in cui è mantenuto il primato del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In ordine, invece, all'applicazione dell'art. 97, comma 2- 2bis - 2ter, appare necessario stabilire le modalità attuative utili per regolare le refluenze della sentenza in questione sulle attività di gara espletate dagli UREGA, differenziando le casistiche legate alle diverse fasi procedurali.

- A) Come è naturale, tutte le procedure di scelta del contraente con bando non ancora pubblicato, dovranno far riferimento d'ora in avanti alle procedure previste dall'art. 97 del d. lgs. 50/2016 e successive modifiche ed integrazioni.
- B) Nelle le procedure di scelta del contraente i cui bandi sono stati pubblicati ed è in corso il termine per la presentazione dell'offerta, si dovrà rappresentare al Responsabile Unico del Procedimento competente, la necessità di operare una modifica del bando per adeguarlo alle procedure previste dall'art. 97 del d. lgs. 50/2016 (e successive modifiche ed integrazioni) e concedere un nuovo termine per la presentazione delle offerte: in questo caso, dovranno essere accolte anche eventuali sostituzioni delle offerte presentate dagli operatori economici nei termini originari.
- C) Nelle procedure di gara relative alla fase di scelta del contraente i cui bandi sono stati pubblicati e risulta già decorso il termine per la presentazione dell'offerta ma che non hanno ancora avuto concreto inizio, si dovrà rappresentare al Responsabile Unico del Procedimento competente la necessità di operare una modifica del bando per adeguarlo alle

procedure previste dall'art. 97 del d. lgs. 50/2016 (e successive modifiche ed integrazioni) e riaprire i termini per la eventuale presentazione di nuove offerte: in questo caso dovranno essere accolte anche le eventuali offerte di imprese che originariamente non avevano presentato domanda di partecipazione e dovranno essere accolte anche eventuali sostituzioni delle offerte presentate dagli operatori economici nei termini originari.

- D) Nelle procedure di gara relative alla fase di scelta del contraente in cui hanno avuto concreto inizio le operazioni della commissione, informato il Responsabile Unico del Procedimento e fatta salva una sua diversa determinazione, si dovrà procedere ad applicare per l'aggiudicazione il criterio previsto dall'art. 97 del d. lgs. 50/2016 (e successive modifiche ed integrazioni) dandone apposita motivazione nel primo utile verbale di gara.
- E) Nelle procedure di gara in cui sia già intervenuta la proposta di aggiudicazione si dovrà rappresentare al Responsabile Unico del Procedimento competente la necessità di revocare la proposta di aggiudicazione, individuare l'operatore economico aggiudicatario applicando l'art. 97 del d. lgs. 50/2016 (e successive modifiche ed integrazioni), formulare una nuova proposta di aggiudicazione; è fatta salva, comunque, sulla base applicativa del principio di legalità, la facoltà del R.U.P. di adottare una diversa determinazione in autotutela.
- F) Nelle procedure di scelta del contraente in cui sia già intervenuta l'aggiudicazione (definitiva) e non sia ancora decorso il termine utile per eventuali impugnative, spetterà al Responsabile Unico del Procedimento la determinazione in ordine alla scelta da adottare e, precisamente se attendere il decorso del termine utile alla proposizione di eventuali ricorsi avverso l'aggiudicazione (*stand still*) ovvero revocare, nelle more, l'aggiudicazione, chiedendo alla Commissione di gara di provvedere a individuare un nuovo aggiudicatario sulla base dell'art. 97 del codice dei contratti ovvero se revocare in autotutela l'intera procedura.
- G) Nelle procedure di scelta del contraente in cui sia già intervenuta l'aggiudicazione (definitiva), sia già decorso il termine utile per eventuali impugnative ma non si sia ancora proceduto alla stipula del contratto, sarà facoltà del R.U.P., sulla base applicativa del principio di legalità, di adottare una eventuale determinazione in autotutela.

Ai fini dell'applicazione delle procedure nei casi sopradescritti sub B) e C), giova ricordare che nel caso si stia già trasmessa l'offerta, la piattaforma consente di annullare e ripresentare integralmente l'offerta, purché entro il termine indicato per la presentazione delle offerte medesime. Non sono ammesse né integrazioni all'offerta inviata né integrazioni o sostituzioni delle singole buste presenti all'interno dell'offerta medesima, essendo possibile esclusivamente annullare e ripresentare l'offerta già inviata. Si evidenzia che procedendo con questa operazione, l'offerta precedentemente inviata verrà eliminata dal sistema, e, quindi, non sarà possibile recuperarne alcun dato; pertanto, qualora l'operatore economico non ne ripresenti un'altra entro i termini previsti, sarà escluso dalla procedura di gara *de quo*.

Al fine di orientare le Stazioni appaltanti sulle responsabilità che il Codice dei contratti loro assegna circa le determinazioni da adottarsi nel caso che ci occupa, appare opportuno far rilevare, conformemente a quanto rassegnato dall'ANAC con propria deliberazione n. 282/2017, che secondo una consolidata giurisprudenza del giudice amministrativo, **le pronunce della Corte Costituzionale che colpiscono le norme applicate dalla pubblica amministrazione nell'esercizio dei propri poteri, non incidono sui cosiddetti "rapporti esauriti"**, dovendosi intendere, per tali, i rapporti per i quali il giudice si sia già pronunciato con sentenza definitiva ovvero siano decorsi i termini di impugnazione giurisdizionale dell'atto emanato sulla base della norma successivamente dichiarata incostituzionale (cfr Cons. St. sez. V, 11 gennaio 2013; Cons. St. sez. III, 14 marzo 2012, n. 1429; Cons. St. ad. plen., 8 aprile 1963, n. 8).

Va, però, osservato che, secondo la citata giurisprudenza, ***l'intervenuta inoppugnabilità del provvedimento non impedisce alla pubblica amministrazione di annullare l'atto illegittimo per sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata.***

Infatti, si osserva: «l'inoppugnabilità determina dunque l'esaurimento del rapporto solo nei confronti del privato, interessato ad ottenere l'annullamento del provvedimento in sede giurisdizionale, ma non nei confronti della pubblica amministrazione che, una volta intervenuta la sentenza dichiarativa dell'illegittimità costituzionale, può sempre esercitare i propri poteri di autotutela»; (T.a.r. Milano, sez. II, 5 novembre 2015, n.2342; Cons. St., sez. VI, 9 giugno 2013, n.3458; T.a.r. Catanzaro, sez. II, 17 novembre 2007, n.1721). Resta ferma, in tale caso, la necessità che l'amministrazione valuti, in maniera rigorosa, la sussistenza di un interesse pubblico all'annullamento, attuale e prevalente sulle posizioni giuridiche private costituite e consolidate medio tempore, escludendosi, in particolare, che tale interesse pubblico possa consistere nel mero ripristino della legalità violata e ciò in applicazione dei principi sempre affermati dalla giurisprudenza in materia di esercizio di autotutela che trovano riscontro nell'art. 21-nonies della legge 17 agosto, n.241 (T.A.R. Lecce, sez. I, 7 dicembre 2016, n.1845; Cons. Stato Sez. IV, Sent., 10-08-2011, n. 4770).

IL DIRIGENTE GENERALE

Salvatore Lizzio