



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Delibera n. 282 del 22 marzo 2017

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da New Energy Group S.r.l./Comune di Altavilla Milicia. Procedura aperta per l'affidamento di lavori di messa in sicurezza dell'impianto di illuminazione Pubblica settore 1 e 2 del centro abitato. Importo a base di gara: euro140.672,84-criterio di aggiudicazione :prezzo più basso.

PREC 62/16/L

Verifica dell'anomalia dell'offerta- applicazione legge regionale siciliana – sopravvenuta illegittimità costituzionale -limiti all'esercizio del potere di autotutela

E' corretto l'operato della S.A. che abbia applicato, in conformità alle prescrizioni del bando, la normativa vigente ratione temporis.

La sopravvenuta illegittimità costituzionale della norma non incide sui cd "rapporti esauriti" residuando, in capo all'amministrazione, la possibilità di esercitare il potere di autotutela, nel rispetto dei principi e delle condizioni stabiliti dall'art.21 nonies della legge 17 agosto, n.24.

Art.19, l. r. siciliana 12/2011

Art. 86, d.lgs. 163/2006

Art.136, Cost.

Art.21-nonies, l. 241/1990

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza di parere prot. n. 157705 del 25 ottobre 2016 la NEW ENERGY GROUP S.r.l. lamenta la presunta illegittimità dell'operato della stazione appaltante, la quale, nel procedere alla determinazione della media di aggiudicazione, per la verifica dell'anomalia dell'offerta, si sarebbe discostata dalla normativa prevista dal bando di gara (art. 86 del d.lgs. 163/2016 come introdotto dalla legge regionale siciliana 12 luglio 2011, n. 12) e, ritenendo di applicare il metodo previsto dalla legge regionale siciliana 10 luglio 2015, n. 14, non indicata nel bando, avrebbe posto in essere un metodo di calcolo fuorviante e non conforme alla *lex specialis*.

L'istante rappresenta, in particolare, che la citata legge regionale 14/2015 in quanto *jus superveniens* non avrebbe potuto trovare applicazione nella procedura *de qua*, la quale doveva svolgersi secondo la normativa vigente al momento dell'indizione della stessa, ovvero secondo le indicazioni contenute nel bando.

Con memoria acquisita al prot. 177657 del 30 novembre 2016, in riscontro alla comunicazione dell'Autorità di avvio del procedimento del 23 novembre 2016, il Comune di Altavilla Milicia ha



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

evidenziato che, erroneamente a quanto indicato nell'istanza di parere (che riporta la data del 10/05/2015), il bando di gara è stato pubblicato in data 1/10/2015 e prevedeva, quale criterio di aggiudicazione, quello del prezzo più basso, ai sensi dell'art. 19, comma 6, della l.r. 12/2011 (recante la disciplina dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in recepimento del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207).

La S.A. rappresenta che alla data di pubblicazione del bando di gara era già entrata in vigore la l.r. 14/2015, di modifica dell'art. 19 della l.r. 12/2011 e, pertanto, la Commissione di gara ha correttamente applicato la normativa vigente al momento della pubblicazione del bando.

Ritenuto in diritto

La questione oggetto dell'istanza di parere riguarda la legittimità dell'applicazione, alla procedura in oggetto, dei criteri di valutazione delle offerte anomale, introdotti dalla legge della Regione Sicilia 10 luglio 2015, n. 14, in sede di modifica dell'art.19, della legge regionale 12 luglio 2011, n. 12.

Le nuove disposizioni, a seguito della pubblicazione della l.r. 14/2015 in Gazzetta ufficiale (G.U. Reg. Sic. 17 luglio 2015, n. 29, S.O. n. 23), sono entrate in vigore in data 18 luglio 2015, pertanto, come sostenuto dalla S.A., il rinvio all'applicazione dell'art. 19 della l.r. 12/2011 contenuto nel bando, pubblicato in data successiva all'entrata in vigore della legge di modifica, deve correttamente intendersi riferito al testo emendato.

In tal senso, in difformità alla tesi sostenuta dall'istante, deve ritenersi la S.A. abbia operato in conformità alle prescrizioni del bando e alla normativa vigente *ratione temporis*.

Deve, tuttavia rilevarsi, sebbene la questione non sia stata sollevata dall'istante, che la Corte Costituzionale, con sentenza 14 dicembre 2016, n.263, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei commi 6, 6-bis, 6-ter e 6-quater, dell'art.19 della legge della Regione siciliana 12 luglio 2011, n. 12, come introdotti dalla l.r. 14/2015; tali disposizioni, pertanto, non sono più applicabili dal giorno successivo alla data di pubblicazione della sentenza.

In merito occorre, tuttavia, rammentare 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 cd. "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 altresì 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,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

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 2033, 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 costitutesi e consolidatesi *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, n1845; Cons. Stato Sez. IV, Sent., 10-08-2011, n. 4770).

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- la S.A. ha operato in conformità alle prescrizioni del bando e alla normativa vigente *ratione temporis*.
- la sopravvenuta illegittimità costituzionale della norma non incide sui cd "rapporti esauriti" residuando, in capo all'amministrazione, la possibilità di esercitare il potere di autotutela, nel rispetto dei principi e delle condizioni, stabiliti dall'art.21 *nonies* l. 241/1990.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 30 marzo 2017

Il segretario Maria Esposito