

Pubblicato il 29/03/2021

N. 00986/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00385/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 385 del 2021, proposto da I.Co.Ser. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Comandè, Patrizia Saiya, Filippo Morici, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Liliana D'Amico in Catania, via V. Giuffrida 37;

contro

Comune di Santa Lucia del Mela, Centrale Unica di Committenza (C.U.C.) – Consorzio Tirreno Ecosviluppo 2000 non costituiti in giudizio;

nei confronti

Spinelli Costruzioni & Architetture S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Lentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della determinazione del Settore Tecnico del Comune di Santa Lucia del Mela n. 44 del 21.1.2021 Reg. Gen. – n. 12 del 21.1.2021, pubblicata, ai sensi dell'art. 29 del D.lgs. n. 50/2016, sul sito istituzionale della C.U.C. in data 25

gennaio 2021 e sull'albo pretorio del Comune di Santa Lucia del Mela il successivo 27 gennaio con la quale sono stati aggiudicati, in via definitiva, all'impresa Spinelli Costruzioni & Architetture i lavori per il “Restauro conservativo del Santuario Santa Maria della Neve – CIG: 8336403960”;

- del verbale di gara n. 3 del 10 settembre 2020, con il quale, a seguito del calcolo della soglia di anomalia e della media di aggiudicazione, l'impresa Spinelli Costruzioni & Architetture è stata individuata quale prima in graduatoria in relazione alla procedura di gara per l'affidamento dei lavori di “Restauro conservativo del Santuario Santa Maria della Neve – CIG: 8336403960”;

- del verbale di gara n. 3 del 10 settembre 2020, nella parte in cui, nella fase di calcolo della soglia di anomalia, a seguito dell'illegittima applicazione del disposto normativo contenuto all'art. 4 della L.R n. 13/2019 in luogo di quanto previsto dall'art. 97 del D.lgs. n. 50/2016, l'impresa I.CO.SER. S.r.l. non è stata individuata quale prima in graduatoria in relazione alla procedura di gara per l'affidamento dei lavori di “Restauro conservativo del Santuario Santa Maria della Neve – CIG: 8336403960”;

- del punto 15) del bando di gara per l'affidamento dei lavori di “Restauro conservativo del Santuario Santa Maria della Neve – CIG: 8336403960” rubricato “Criteri di aggiudicazione” nella parte in cui prevede che “Il calcolo della soglia di aggiudicazione sarà effettuato in conformità a quanto previsto dall'art. 4 della L.R. 19 Luglio 2019 n.13.”;

- del punto 21) del disciplinare di gara per l'affidamento dei lavori di “Restauro conservativo del Santuario Santa Maria della Neve – CIG: 8336403960” rubricato “Criteri di aggiudicazione” nella parte in cui prevede che “Il calcolo della soglia di aggiudicazione sarà effettuato in conformità a quanto previsto dall'art. 4 della L.R. 19 Luglio 2019 n.13.”;

- ove occorra e per quanto di ragione, del silenzio – rigetto formatosi avuto riguardo alla nota trasmessa, a mezzo pec, da I.CO.SER agli Enti resistenti, in data 18 febbraio 2021, con la quale l'impresa ricorrente aveva richiesto

l'annullamento della determinazione di aggiudicazione definitiva e la rielaborazione della soglia di anomalia in conformità a quanto disposto dall'art. 97 del D.lgs. n. 50/2016.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Spinelli Costruzioni & Architetture S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 6° e 10° , cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 marzo 2021 la dott.ssa Agnese Anna Barone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ricorrente ha partecipato alla gara indetta dal Comune di Santa Lucia del Mela, per il tramite della C.U.C. Consorzio Tirreno Ecosviluppo 2000 (in qualità di Ente espletante la procedura di gara) per l'affidamento dei lavori di "Restauro conservativo del Santuario Santa Maria della Neve – CIG: 8336403960" che è stata aggiudicata all'impresa Spinelli Costruzioni & Architetture S.r.l. a seguito della determinazione della soglia di aggiudicazione in 19,3723 punti percentuali con il criterio fissato dall'art.4 della l.r. n. 13/2019 (v. verbale n. 3 del 10 settembre 2020).

Con il ricorso in esame la ricorrente - dopo aver premesso che l'art. 4 sopra citato è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo con sentenza della Corte Costituzionale n. 16/2021 pubblicata in Gazzetta Ufficiale in data 11 febbraio 2021 - ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione sostenendo che se fosse stato applicato, ai fini dell'individuazione della soglia di anomalia, il criterio previsto dall'art. 97, comma 2° del D.lgs. n. 50/2016, sarebbe risultata aggiudicataria come da prospetto depositato in atti (v. allegato n. 10).

L'impresa controinteressata si è costituita in giudizio per resistere al ricorso sostenendo, in sintesi, che l'aggiudicazione impugnata sarebbe un provvedimento "definitivo" e che, nel caso in esame, trattandosi di un rapporto non più pendente ai sensi dell'art. 30 della legge n. 87/1953 non potrebbe operare la sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità della norma regionale. Ha, inoltre, sostenuto che l'eventuale applicazione della sentenza della Corte Costituzionale comporterebbe la rinnovazione integrale della gara con conseguente infondatezza della domanda di aggiudicazione all'impresa ricorrente.

Alla camera di consiglio il ricorso è stato trattenuto in decisione, ai sensi degli artt. 60 e 120, comma 6° c.p.a. e dell'art. 25, comma 2° del D.L. 137/2020.

Il ricorso è fondato nei termini di seguito precisati.

Occorre, innanzitutto, premettere che con sentenza n. 16/2021 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 della legge n. 13/2019 per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. , trattandosi di disposizione in contrasto con quelle contenute nell'art. 95 e nell'art. 97 del codice dei contratti pubblici di competenza esclusiva statale poiché riconducibili alla materia "tutela della concorrenza"; l'art. 4 della l.r. 13/2019 è stato dichiarato incostituzionale nella sua interezza, vale a dire sia sotto il profilo rilevato dalla parte ricorrente (metodo di calcolo dell'anomalia di cui al comma 1° dal secondo periodo in poi, e comma 2°, v. capo n.5 della sentenza della Corte Costituzionale) sia, prima ancora, sotto il profilo dell'utilizzazione "obbligatoria" del solo criterio del prezzo più basso (comma 1°, primo periodo) "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" (v. capo n. 4 della sentenza della Corte Costituzionale).

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, fermo restando il principio che gli effetti dell'incostituzionalità non si estendono ai diritti quesiti e ai rapporti ormai esauriti in modo definitivo, per avvenuta formazione del giudicato o per essersi verificato altro evento cui l'ordinamento collega il consolidamento del rapporto medesimo, ovvero per essersi verificate preclusioni processuali o decadenze e prescrizioni non direttamente investite, nei loro presupposti normativi, dalla pronuncia d'incostituzionalità (cfr. giurisprudenza consolidata, tra le tante: Cons. Stato Sez. III, 12 luglio 2018, n. 4264 e 20 ottobre 2016, n. 4401; Sez. IV, 13 aprile 2016, n. 1458 e 27 luglio 2011, n. 4494).

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, tra le quali è pacificamente da ricomprendere la fattispecie in esame ove il provvedimento di aggiudicazione definitiva è stato tempestivamente impugnato entro il termine di decadenza di cui all'art. 120, comma 5° c.p.a..

Ciò premesso va osservato che nel caso in esame il bando di gara prevedeva quale criterio di aggiudicazione il criterio "facoltativo" (*id est* rimesso alla valutazione della stazione appaltante) del prezzo più basso ai sensi dell'art. 95, comma 4° del D.lgs. 50/2016 e, quindi, un criterio conforme alla disciplina "nazionale"; prevedeva, invece, che il calcolo della soglia di aggiudicazione sarebbe stato effettuato in conformità all'art. 4 della l.r. 13/2019 (v. art. 15 del disciplinare). Ne consegue che, nella fattispecie in esame, 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) con conseguente annullamento dell'aggiudicazione disposta sulla base di una disposizione normativa regionale dichiarata costituzionalmente illegittima.

Quanto agli effetti di tale annullamento esso non può, tuttavia, determinare l'automatica aggiudicazione in favore della ricorrente, bensì 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.

Non può, invece, condividersi quanto sostenuto dalla controinteressata in punto di integrale rinnovazione della gara poiché, per le ragioni già esposte in precedenza, la declaratoria di illegittimità costituzionale investe solo il metodo di determinazione della soglia di anomalia e non il criterio di aggiudicazione non sussistendo, quindi, alcuna esigenza di consentire alle imprese la modificazione delle offerte "in ragione della nuova regola di selezione".

Il ricorso è, pertanto, fondato e va accolto con conseguente annullamento, nei termini sopra precisati, del provvedimento di aggiudicazione impugnato e del presupposto verbale n. 3 del 10 settembre 2020.

La spese possono essere integralmente compensate tra le parti in ragione della peculiarità della vicenda e della novità della questione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati nei sensi e nei limiti precisati in motivazione.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 24 marzo 2021 - svoltasi con le modalità di cui all'art. 25 del D.L. n.137/2020 convertito dalla L. n. 176/2020, come modificato dall'art. 1, co. 17, del D.L. n. 183/2020, e al D.P.C.S. del 28.12.2020 - con l'intervento dei magistrati:

Francesco Brugaletta, Presidente

Agnese Anna Barone, Consigliere, Estensore

Salvatore Accolla, Referendario

L'ESTENSORE

Agnese Anna Barone

IL PRESIDENTE

Francesco Brugaletta

IL SEGRETARIO