



CITTA' DI RAGUSA

Determinazione del Settore 12 Appalti, Contratti, Patrimonio n° 104 del 07/09/2017

Il numero del Registro Generale è riportato nel documento "Allegato Pubblicazione"

OGGETTO: PRESA D'ATTO DELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N.263/2016 AI FINI DELLA PROCEDURA CONCERNENTE L'AFFIDAMENTO DEI "LAVORI DI RIFACIMENTO DELLA RETE ACQUEDOTTISTICA DI VIALE DELLE AMERICHE E VIE LIMITROFE" - CIG 583451279C - RINNOVO DELLA PROCEDURA PREVIO ANNULLAMENTO DEL BANDO

Il Redattore: Celauro Angela

Richiamata la determinazione dirigenziale annotata al registro generale con il n° 2813 del 18/12/2015, successivamente rettificata con determinazione dirigenziale R.G. n° 2959 del 28/12/2015, con la quale sono stati approvati il bando e il disciplinare di gara relativo all'affidamento dei *"lavori di rifacimento della rete acquedottistica di viale Delle Americhe e vie limitrofe"* (CIG 583451279C).

Visto il relativo bando di gara pubblicato, come per legge, sul sito istituzionale dell'Ente, all'albo pretorio on-line e, per estratto, sulla G.U.R.S. n°51/2015, dove, tra l'altro, vengono indicati il criterio di aggiudicazione e le regole per la determinazione della soglia di anomalia, in conformità alle disposizioni contenute nella L. R. n° 14/2015 e, in particolare, negli articoli 6, 6 bis, 6 ter e 19 di detta legge;

Dato atto:

- che alla procedura di gara in oggetto hanno partecipato oltre 300 (trecento) concorrenti;
- che in corso di procedura, dopo la fase di disamina della documentazione amministrativa e di soccorso istruttorio, prima della seduta pubblica di apertura dell'offerta economica, è stata emanata la sentenza della Corte Costituzionale con cui il *Giudice delle Leggi* ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della normativa siciliana riportata nel bando di gara, evidenziando, anzitutto, la pacificità della questione relativa agli obblighi di conformazione della normativa regionale (anche delle regioni ad autonomia speciale) ai principi costituzionali e a quelli dell'ordinamento giuridico ("è pacifico, anche se gli statuti speciali attribuiscono alle autonomie la competenza legislativa primaria in materia di lavori pubblici di esclusivo interesse regionale o provinciale, tale competenza, in forza di espresse e omologhe previsioni statutarie, deve essere esercitata nel rispetto della Costituzione, dei principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica, degli obblighi internazionali e delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali")...La disciplina regionale in esame, invece, si differenzia da quella codicistica, in primo luogo, in punto di individuazione della soglia di anomalia delle offerte nei contratti sotto soglia (art. 122, comma 9, e 124, comma 8, che rinviavano all'art. 86), affidata ad un diverso criterio matematico (commi 6 e 6-bis). Egualmente difforme è la previsione dell'obbligo di presentazione,

in via preventiva, delle analisi giustificative dell'offerta, qualora quest'ultima presenti un ribasso inferiore al 25 per cento, obbligo che, in assenza di specificazioni o di legami con i commi precedenti, deve ritenersi riguardare sia gli appalti sopra soglia che quelli sotto soglia (comma 6-ter). Non conforme alla disciplina nazionale è anche la disposizione del comma 6-quater. Mentre il codice, infatti, fissa direttamente un articolato procedimento in contraddittorio con le imprese che hanno presentato offerte anormalmente basse (art. 88), indica i criteri di verifica di tali offerte (art. 87) e gli strumenti di rilevazione della congruità dei prezzi (art. 89), affidandone la conseguente ponderazione alle stazioni appaltanti, la disposizione regionale impugnata demanda a un decreto assessoriale l'individuazione di non meglio specificate modalità di verifica per la congruità dell'offerta (e di eventuali ulteriori disposizioni per la valutazione della corrispondenza fra le previsioni formulate in sede di verifica di congruità dell'offerta e l'esecuzione delle opere). A parere della Corte Costituzionale, dunque, le disposizioni impuginate, avendo disciplinato istituti afferenti alle procedure di gara in difformità dalle previsioni del codice dei contratti pubblici, sono costituzionalmente illegittime per avere violato i limiti statutari posti al legislatore regionale nella disciplina dei lavori pubblici;

- che, precisamente, con avviso regolarmente pubblicato sul profilo del Committente (www.comune.ragusa.gov.it, "atti ufficiali" "gare e appalti lavori pubblici", documento n° 23) il giorno 17 dicembre 2015, ai concorrenti è stata comunicata la fissazione della seduta pubblica dedicata all'apertura delle offerte economiche per il giorno 23 dicembre 2016;

- che sulla gazzetta Ufficiale del 21 dicembre 2016, n° 51, prima serie speciale, è stata pubblicata la sentenza n°263/2016 della Corte Costituzionale, recante "*Giudizio di legittimità costituzionale in via principale. Appalti di lavori, servizi o forniture non aventi carattere transfrontaliero - Criterio di aggiudicazione del prezzo più basso - Disciplina delle offerte anomale. Legge della Regione siciliana 12 luglio 2011, n. 12 (...)*" la quale ha dichiarato:

"1) l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, comma 6, della legge della Regione siciliana 12 luglio 2011, n. 12 (*Disciplina dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Recepimento del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modifiche ed integrazioni e del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 e successive modifiche ed integrazioni. Disposizioni in materia di organizzazione dell'Amministrazione regionale. Norme in materia di assegnazione di alloggi. Disposizioni per il ricovero di animali*), come sostituito dell'art. 1 della legge della Regione siciliana 10 luglio 2015, n. 14 (*Modifiche all'articolo 19 della legge regionale 12 luglio 2011, n. 12*);

2) l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, commi 6-bis, 6-ter e 6-quater, della legge della Regione siciliana n. 12 del 2011, come introdotti dalla legge della Regione siciliana n. 14 del 2015";

Dato atto che nella seduta pubblica del 23/12/2016, attesa la particolare complessità della questione insorta il procedimento è stato sospeso nelle more di individuare la soluzione più aderente al dettato normativo, così come delineato in seguito alla pubblicazione della richiamata sentenza 263/17, e agli interessi pubblici sottesi allo svolgimento della procedura;

Vista la Costituzione della Repubblica Italiana e, in particolare, l'art. 136 il quale stabilisce, che "quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione" (comma 1). "La decisione della Corte è pubblicata e comunicata alle Camere ed ai Consigli regionali interessati, affinché, ove lo ritengano necessario, provvedano nelle forme costituzionali" (comma 2);

Vista la legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1, recante "*Norme integrative della Costituzione concernenti la Corte costituzionale*" (G.U. n. 62 del 14 marzo 1953) il cui art. 1 così dispone: "La Corte costituzionale esercita le sue funzioni nelle forme, nei limiti ed alle condizioni di cui alla Carta costituzionale, alla legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 ed alla legge ordinaria emanata per la prima attuazione delle predette norme costituzionali";

Vista la legge 11 marzo 1953, n. 87, recante "Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte Costituzionale" (G.U. n. 62 del 14-3-1953) e, in particolare, l'art. 30 di detta legge il quale statuisce, per la parte qui di interesse, che "La sentenza che dichiara l'illegittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge dello Stato o di una Regione (...), è trasmessa, di ufficio, al Ministro di grazia e giustizia od al Presidente della Giunta regionale affinché si proceda

immediatamente (...). Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione (...).

Rilevate, in quanto agli effetti della pronuncia di incostituzionalità, la più attente osservazioni della dottrina costituzionalistica, secondo cui “si tratta di un effetto di annullamento puro e semplice, che cancella la norma incostituzionale dall’ordinamento giuridico” (G. Silvestri, *La Corte costituzionale italiana e la portata di una dichiarazione di illegittimità costituzionale* in www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni.../Parigi2013), evidenziandosi, al contempo, i Limiti “intrinseci” agli effetti retroattivi della pronuncia di incostituzionalità: rapporti esauriti, prescrizione, decadenza. Così, procedendo nella trattazione dei possibili limiti agli effetti della pronuncia di incostituzionalità, non è superfluo ribadire che “la loro efficacia retroattiva non è illimitata ma presuppone che i rapporti su cui la decisione può produrre effetti siano ancora pendenti, cioè suscettibili di essere azionati in un giudizio. Laddove tali rapporti siano esauriti, invece, l’incostituzionalità non produce alcun effetto, prevalendo ragioni di certezza del diritto sullo stesso principio di legalità costituzionale”. L’individuazione delle diverse ipotesi che determinano un “limite intrinseco” alle pronunce della Corte, non è una questione di diritto costituzionale processuale, ma attiene piuttosto alle regole che disciplinano i diversi settori dell’ordinamento giuridico; «non si tratta infatti di limiti che coinvolgono in qualche modo la Corte; vengono piuttosto vissuti dal sistema come ineludibili accidenti legali, quasi delle pure forme, esterni alla dimensione del valore». I principali meccanismi che determinano la chiusura di un rapporto giuridico, tale da impedirne ogni possibile sua azionabilità in giudizio, sono rappresentati dal giudicato, il quale, fissando definitivamente quanto statuito nella sentenza, impedisce ogni ipotesi di ulteriore impugnazione; dalla prescrizione del diritto, che ne determina l’estinzione quando il titolare non lo esercita per un certo periodo di tempo; dalla decadenza, che determina la perdita della possibilità di esercitare un diritto per non aver compiuto un determinato atto entro uno specifico termine fissato; dal principio del “tempus regit actum”; dall’inoppugnabilità dell’atto amministrativo” (D. Diaco, *Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra Legge fondamentale e diritto costituzionale vivente*, in www.giurcost.org/studi/diaco, Consulta on line, fascicolo I, 2016)

Letta la copiosa giurisprudenza formatasi in materia che, al di là del nome iuris con cui vengono definiti gli effetti conseguenti, ribadisce la non vigenza della norma dichiarata illegittima, evidenziandone gli effetti preclusivi alla sua applicazione successivamente alla pubblicazione sulla gazzetta ufficiale:

- “La pronuncia di illegittimità costituzionale di una norma di legge comporta non già l’abrogazione, o la declaratoria di inesistenza o di nullità, o l’annullamento della norma dichiarata contraria alla costituzione, bensì la disapplicazione della stessa, dando luogo ad un fenomeno che si colloca, sul piano effettuale, in una posizione intermedia tra l’abrogazione, avente di regola efficacia ex nunc, e l’annullamento che, normalmente, produce effetti ex tunc. Pertanto, la norma dichiarata costituzionalmente illegittima deve essere disapplicata con effetti ex nunc o con efficacia ex tunc, a seconda che tale diversa efficacia nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità discenda dalla natura o dal contenuto della norma illegittima, oppure dalla portata del precetto costituzionale violato o dal diverso grado di contrasto tra quest’ultimo e la norma di legge, ovvero, infine dalla natura del rapporto sorto nel vigore della norma successivamente dichiarata incostituzionale. Fuori delle ipotesi, aventi carattere di eccezionalità, in cui essa travolge tutti gli effetti degli atti compiuti in base alla norma illegittima, la dichiarazione di incostituzionalità (avuto riguardo al precetto costituzionale violato, alla disciplina dettata dalla norma riconosciuta costituzionalmente illegittima e alla natura del rapporto disciplinato da quest’ultima) comporta la caducazione dei soli effetti non definitivi e, nei rapporti ancora in corso di svolgimento, anche degli effetti successivi alla pubblicazione della sentenza della corte costituzionale, restando quindi fermi quegli effetti anteriori che, pur essendo riconducibili allo stesso rapporto non ancora esaurito, abbiano definitivamente conseguito, in tutto o in parte, la loro funzione costitutiva, estintiva, modificativa o traslativa di situazioni giuridicamente rilevanti (Cass. Civile, sez. III, 11-04-1975, n. 1384)”.
- “... l’efficacia retroattiva della dichiarazione di illegittimità costituzionale è giustificata dalla stessa eliminazione della norma che non può più regolare alcun rapporto giuridico salvo che si siano determinate situazioni giuridiche ormai esaurite, (Cass. civile, sez. 28 maggio 1979, n. 311 in giustizia civile mass 1979 fasc. 5)”.

- "L'efficacia retroattiva della sentenza dichiarativa dell'illegittimità costituzionale di norma di legge non si estende ai rapporti esauriti, ossia a quei rapporti che, sorti precedentemente alla pronuncia della Corte Costituzionale, abbiano dato luogo a situazioni giuridiche ormai consolidate ed intangibili in virtù del passaggio in giudicato di decisioni giudiziali, della definitività di provvedimenti amministrativi non più impugnabili, del completo esaurimento degli effetti di atti negoziali, del decorso dei termini di prescrizione o decadenza, ovvero del compimento di altri atti o fatti rilevanti sul piano sostanziale o processuale. (Trib. Roma 14 febbraio 1995)"
- - "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).
- "La retroattività delle sentenze interpretative additive, pronunciate dalla Corte costituzionale, trova il suo naturale limite nella intangibilità delle situazioni e dei rapporti giuridici ormai esauriti in epoca precedente alla decisione della Corte (Fattispecie nella quale il provvedimento di esclusione dai corsi speciali I.S.E.F. è stato impugnato in sede giurisdizionale e in quella sede è stato riconosciuto legittimo con sentenza passata in giudicato, con conseguente intangibilità del relativo rapporto) (Con. giust. amm. Sicilia 24 settembre 1993, n. 319);

DATO ATTO che il procedimento conseguente all'approvazione e alla pubblicazione del bando in oggetto non aveva prodotto l'emanazione di alcun provvedimento bensì era in corso di svolgimento alla data di pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale sulla G.U.R.I. e non aveva, pertanto, com'è evidente, prodotto alcun effetto definitivo;

ATTESA, pertanto, la necessità di espungere, quale indefettibile corollario dell'intervenuta sentenza della Corte Costituzionale, da tutto il procedimento il provvedimento (viziato) originario, contenente le norme regionali dichiarate costituzionalmente illegittime (determinazione dirigenziale n°2813/2015 di approvazione del bando di gara) nonché ogni successivo e conseguenziale atto;

Visto che con deliberazione di C.C. n. 32 del 06.07.2017 è stato approvato il Documento Unico Programmazione (DUP) ed il Bilancio di previsione per il triennio 2017-2019;

Dato atto che con deliberazione di Giunta Municipale n. 315 del 12.07.2017 è stato approvato il Piano Esecutivo di Gestione (PEG) 2017-2019;

Dato atto che la presente determinazione è coerente con la programmazione contenuta nel D.U.P. e nel P.E.G. sopra richiamati;

Considerato il Regolamento di contabilità dell'Ente approvato con deliberazione C.C. n. 19 del 24 marzo 2017;

Dato atto che il presente provvedimento non comporta alcun impegno di spesa, nè accertamento di entrata;

DETERMINA

- di prendere atto della pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della repubblica Italiana del 21 dicembre 2016, n° 51, prima serie speciale, della sentenza n°263/2016 della Corte Costituzionale, recante "*Giudizio di legittimità costituzionale in via principale. Appalti di lavori, servizi o forniture non aventi carattere transfrontaliero - Criterio di aggiudicazione del prezzo più basso - Disciplina delle offerte anomale. Legge della Regione siciliana 12 luglio 2011, n. 12 (...)* la quale ha dichiarato:

"1) *l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, comma 6, della legge della Regione siciliana 12 luglio 2011, n. 12 (Disciplina dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Recepimento del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modifiche ed integrazioni e del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 e successive modifiche ed integrazioni. Disposizioni in materia di organizzazione dell'Amministrazione regionale. Norme in materia di assegnazione di alloggi. Disposizioni per il ricovero di animali), come sostituito dell'art. 1 della legge della Regione siciliana 10 luglio 2015, n. 14 (Modifiche all'articolo 19 della legge regionale 12 luglio 2011, n. 12);*

- di dare atto, per le finalità di cui alla presente determinazione, che la determinazione dirigenziale n° 2813/2015 e s.m.i., ha approvato un bando e un disciplinare di gara, contenenti quali criteri qualificanti e sostanziali quelli previsti dalla normativa regionale dichiarata incostituzionale;
 - di dare atto che il procedimento conseguente all'approvazione e alla pubblicazione del bando in oggetto era in corso di svolgimento (fase antecedente all'apertura e alla conseguente valutazione delle offerte economiche) e non aveva ancora, com'è evidente, dato luogo alla emanazione di provvedimenti conclusivi e definitivi;
 - annullare, per l'effetto, il bando di gara pubblicato in esecuzione della citata determinazione dirigenziale n° 2813/2015, contenente clausole e criteri di aggiudicazione approvati in relazione alla richiamata normativa regionale dichiarata costituzionalmente illegittima;
 - dare atto che il procedimento sarà riavviato, facendo salvi atti e provvedimenti non incisi direttamente e sostanzialmente dall'intervenuta dichiarazione di incostituzionalità;
 - dare atto che la presente determinazione non comporta impegno di spesa;
 - di pubblicare il presente atto, oltre che all'albo pretorio on line del Comune, sul sito istituzionale dell'Ente (www.comune.ragusa.gov.it), nella sezione "Amministrazione Trasparente" sottosezione "gare lavori pubblici", nello specifico profilo dedicato alla procedura di gara in argomento;
 - di comunicare, per estratto, a tutti i concorrenti la presente determinazione;
 - dare atto, infine, che ai sensi dell'art. 3 della legge n° 241/1990 e s.m.i. l'Autorità Giudiziaria cui è possibile ricorrere avverso l'emanazione del presente provvedimento è il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia - Sezione staccata di Catania, entro i termini previsti dall'art. 120 del Codice del processo amministrativo (30 gg.).
- dare atto che il presente provvedimento non comporta alcun impegno di spesa, nè accertamento di entrata;

Ragusa, 07/09/2017

Dirigente
SPATA ROSARIO / ArubaPEC S.p.A.

L'originale del presente documento è stato sottoscritto con firma digitale