

Publicato il 06/04/2021

N. 00497/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00422/2020 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 Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 422 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da: Associazione Nazionale Costruttori Edili - A.N.C.E. Lecce, Associazione Nazionale Costruttori Edili - A.N.C.E., Carparelli Costruzioni S.r.l., Consorzio Stabile Agorà S.c.a r.l., Consorzio Stabile Modenese Società Consortile per Azioni, Consorzio Stabile Valori S.c. a r.l., De Blasi Giuseppe, E.C.I.S. Società a responsabilità limitata Edilizia-Civile-Industriale- Stradale, Emmecci S.r.l., Garibaldi Fragasso S.r.l., Geoambiente S.r.l., I.C.G. - Impresa Costruzioni Edili Stradali Fognature S.r.l., Ircop S.p.a., Melillo Appalti S.r.l., Ricciardello Costruzioni S.r.l., Società Appalti Costruzioni S.p.A., Sotec S.r.l., Tecnica Restauri S.r.l., Secis S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Angelo Vantaggiato in Lecce, via Zanardelli, n. 7;

contro

Comune di Neviano, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Saverio Sticchi Damiani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

R.A. Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- degli atti e provvedimenti indittivi relativi alla procedura aperta di gara al massimo ribasso indetta dal Comune di Neviano per l'affidamento dell'appalto dei "Lavori di riqualificazione del campo sportivo "Salvatore Imperiale di Via Massimo D'Azeglio". Realizzazione terreno di gioco in erbetta sintetica", con specifico riferimento a:

- a) la delibera di Giunta Municipale n. 36 del 10.2.2019 di approvazione del progetto esecutivo ed i relativi allegati;
- b) il verbale di verifica e validazione del progetto esecutivo e dei relativi allegati del 10.2.2020;
- c) la determinazione del Responsabile del Servizio Reg. gen. n. 48 del 19.2.2020 di avvio della procedura di gara;
- d) il Bando ed il Disciplinare di gara, nella parte in cui, sulla base del progetto esecutivo, hanno stimato il valore dell'intervento nell'incongruo ammontare di € 302.671,15 comprensivo degli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso;
- e) il progetto esecutivo, con tutti i relativi allegati e, segnatamente, gli elaborati economici:
 - i) l'Allegato B – "Quadro economico";
 - ii) l'Allegato C – "Elenco Prezzi Unitari" nella misura in cui i prezzi unitari in esso indicati per la remunerazione delle lavorazioni, attrezzature, materiali e

manodopera inerenti al contratto da affidare non risultano determinati sulla base del vigente Prezzario unico regionale per i lavori pubblici 2019;

iii) l'Allegato D – “Computo metrico-estimativo”;

- la nota prot. n. 2402 del 16.3.2020 del Comune di Neviano recante il diniego dell'autotutela richiesta dalla A.N.C.E. Lecce in data 4.3.2020;

- tutti gli altri atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti, inclusa l'aggiudicazione provvisoria o definitiva della gara qualora nelle more intervenuta;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati dalla Associazione Nazionale Costruttori Edili – A.N.C.E. di Lecce e dagli altri ricorrenti in via principale il 19 ottobre 2020:

per l'annullamento

- della determina dirigenziale n. 160 del 9 giugno 2020 del Settore 4° - Tecnico Manutentivo del Comune di Neviano di aggiudicazione della procedura di che trattasi in favore della società R.A. Costruzioni S.r.l.;

- di tutti i verbali di gara;

- tutti gli altri atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Neviano;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 84 del D.L. n. 18 del 2020;

Visto l'art. 4 del D.L. n. 28 del 2020;

Visto l'art. 25 del D.L. n. 137 del 2020;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 marzo 2021 il dott. Giovanni Gallone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso notificato il 7 aprile 2020 i ricorrenti (l'Associazione Nazionale Costruttori Edili - A.N.C.E., anche nella sua articolazione territoriale di Lecce e Società, Consorzi ed Imprese individuali indicati in epigrafe operanti nel settore dell'edilizia pubblica nella Provincia di Lecce) hanno domandato, previa concessione di adeguata tutela cautelare, l'annullamento degli atti e dei provvedimenti relativi alla procedura di gara indetta dal Comune di Neviano per l'affidamento dei "Lavori di riqualificazione del campo sportivo «Salvatore Imperiale di Via Massimo D'Azeglio». Realizzazione terreno di gioco in erbetta sintetica", ivi compresi la delibera di Giunta Comunale di Neviano n. 36 del 10 febbraio 2019 di approvazione del progetto esecutivo ed i relativi allegati, il verbale di verifica e validazione del progetto esecutivo e dei relativi allegati del 10 febbraio 2020, la determinazione del Responsabile del Servizio Reg. gen. n. 48 del 19 febbraio 2020 di avvio della procedura di gara, il Bando ed il Disciplinare di gara, nella parte in cui, sulla base del progetto esecutivo, hanno stimato il valore dell'intervento nell'ammontare di € 302.671,15 comprensivo degli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso, il progetto esecutivo, con tutti i relativi allegati e, segnatamente, gli elaborati economici, gli allegati B,C e D, nonché la nota prot. n. 2402 del 16 marzo 2020 recante il diniego dell'autotutela richiesta da A.N.C.E. Lecce in data 4 marzo 2020 e tutti gli altri atti presupposti, connessi e conseguenti.

1.1 A sostegno della domanda di annullamento proposta con il ricorso hanno dedotto le censure così rubricate:

1) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97 Cost. e dell'art. 1, comma 1, e 3 della L. n. 241/1990, con precipuo riferimento ai principi di buon andamento, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa violazione e/o falsa applicazione degli artt. 23, co. 16, 26, co. 4, 30, co. 1, e art. 95, co. 1, D. Lgs. n. 50/2016 violazione dei principi di favor participationis e libera concorrenza eccesso di potere sotto i concorrenti profili sintomatici del difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, irragionevolezza, ingiustizia manifesta.

2. In data 20 aprile 2020 si è costituito in giudizio il Comune di Neviano eccependo l'inammissibilità ed infondatezza del ricorso. Con successiva memoria depositata il 27 aprile 2020 l'Amministrazione Comunale resistente ha ulteriormente articolato le proprie difese.

3. All'udienza in Camera di Consiglio del 29 aprile 2020, con ordinanza cautelare n. 330 del 30 aprile 2020 questa Sezione, ritenendo che le esigenze cautelari prospettate dalle parti ricorrenti potessero essere adeguatamente tutelate con la sollecita fissazione dell'udienza pubblica di merito, ha fissato ex art. 55 comma 10 c.p.a l'udienza di merito.

4. In data 2 ottobre 2020 l'Amministrazione Comunale resistente ha depositato memorie difensive rappresentando che, con determina dirigenziale n. 160 del 9 giugno 2020, la gara de qua è stata aggiudicata alla ditta R.A. Costruzioni (la quale ha offerto un ribasso del 29,602% sull'importo a base d'asta) e che, in data 20 luglio 2020, è stato stipulato il contratto di appalto per un corrispondente importo di € 213.520,19, oltre IVA. Ha, dunque, eccepito l'improcedibilità del ricorso introduttivo per sopravvenuta carenza di interesse, rilevando che detta aggiudicazione non è stata tempestivamente impugnata da parte ricorrente a mezzo di motivi aggiunti.

5. Con motivi aggiunti notificati il 19 ottobre 2020 e depositati il 20 ottobre 2020 i ricorrenti hanno domandato l'annullamento della determina di aggiudicazione n. 160 del 9 giugno 2020 del Settore 4° - Tecnico Manutentivo del Comune di Neviano dei lavori di che trattasi a favore della R.A. Costruzioni S.r.l., di tutti i verbali di gara e degli altri atti ad essi presupposti, connessi e conseguenti.

5.1 A sostegno del ricorso per motivi aggiunti hanno dedotto le censure così rubricate:

1) illegittimità derivata.

6. All'udienza pubblica del 27 ottobre 2020, il Presidente, in accoglimento della richiesta formulata da parte ricorrente, ha disposto il rinvio della causa all'udienza pubblica del 9 marzo 2021.

7. Con istanza notificata alle altre parti e depositata in data 25 gennaio 2021 i ricorrenti hanno impugnato, ex art. 116 comma 2 c.p.a., il silenzio rigetto serbato dal Comune di Neviano sull'istanza di accesso agli atti e ai documenti relativi all'approvazione del progetto esecutivo di perizia suppletiva e di variante di cui alla delibera di Giunta Municipale n. 133 del 5 novembre 2020 da loro avanzata in data 27 novembre 2020. Hanno, poi, contestualmente chiesto la condanna dell'Amministrazione Comunale resistente all'ostensione dei suddetti atti.

8. In data 18 febbraio 2021 il Comune di Neviano ha depositato memorie difensive. Non si è, invece, costituita in giudizio la controinteressata R.A. Costruzioni S.r.l..

9. In data 19 febbraio 2021 parte ricorrente ha depositato memorie difensive ex art. 73 c.p.a. insistendo per l'accoglimento del ricorso come integrato dai motivi aggiunti.

10. In data 26 febbraio 2021 il Comune di Neviano ha depositato memorie in replica.

11. All'udienza pubblica del 9 marzo 2021 la causa è stata introitata per la decisione ai sensi dell'art. 25 del D.L. n. 137 del 2020 con riferimento agli artt. 84 del D.L. n. 18 del 2020 e 4 del D.L. n. 28 del 2020.

DIRITTO

1. Il ricorso, come integrato dai motivi aggiunti proposti in corso di causa, è fondato nel merito e va accolto nei sensi e nei limiti appresso precisati.

2. Premesso che il ricorso introduttivo del giudizio è sicuramente tempestivo (anche considerata la sospensione dei termini processuali disposta dalla normativa emergenziale COVID-19, a decorrere dall'8 marzo 2020), va, in limine, disattesa l'eccezione di irricevibilità del ricorso per motivi aggiunti (con conseguente improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso introduttivo) sollevata dall'Amministrazione Comunale resistente.

Quest'ultima eccepisce, infatti, che il ricorso per motivi aggiunti, con il quale i ricorrenti hanno impugnato la determina dirigenziale n. 160 del 9 giugno

2020 di aggiudicazione della procedura di che trattasi in favore della R.A. Costruzioni S.r.l., sarebbe tardivo in quanto notificato il 19 ottobre 2020 e, quindi, oltre il termine decadenziale di trenta giorni ex art. 120 comma 5 c.p.a.. In particolare, secondo la difesa di parte resistente, il dies a quo di decorrenza del suddetto termine andrebbe fatto risalire al 9 giugno 2020 (data in cui l'aggiudicazione è stata pubblicata, insieme con gli altri atti di gara, sul profilo del committente ex art. 29 del D. Lgs. n. 50 del 2016 e ss.mm.). A sostegno di tale ricostruzione si evocano i principi da ultimo enucleati dalla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 12 del 2020 che avrebbe ricollegato all'adempimento di cui all'art. 29 del D. Lgs. n. 50 del 2016 l'efficacia di pubblicità legale.

2.1 Ritiene il Collegio che anche il ricorso per motivi aggiunti proposto da parte ricorrente sia tempestivo. L'exordium del termine di proposizione del ricorso per motivi aggiunti non può, infatti, essere individuato, nel caso che occupa, in quello di pubblicazione degli atti di gara ex art. 29 del D. Lgs. n. 50 del 2016 e ss.mm..

2.2 Anzitutto, occorre rilevare che la decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 12 del 2020, invocata da parte resistente a sostegno della propria ricostruzione interpretativa, ha avuto ad oggetto un casus tutt'affatto diverso e non ha affrontato, neppure in sede di obiter dictum, la fattispecie peculiare che viene qui, invece, in rilievo.

Infatti, nel caso che occupa, i ricorrenti hanno, dapprima, proposto impugnazione in via immediata avverso gli atti e provvedimenti indittivi della procedura di gara (senza prendere parte alla stessa) e, solo successivamente, domandato, a mezzo di motivi aggiunti cd. estensivi, l'annullamento della determina di aggiudicazione medio tempore adottata. Deve aggiungersi che i ricorrenti non hanno mai ricevuto, in spregio al disposto dell'art. 76 comma 5 lett. a) del D. Lgs. n. 50 del 2016, espressa comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione.

L'inedita questione giuridica che qui si pone al Collegio si sostanzia, quindi, nello stabilire se la mera pubblicazione sul profilo committente ex art. 29 del D. Lgs. n. 50 del 2016 degli atti (e dell'esito) di gara valga a far scattare, nei confronti del ricorrente che abbia impugnato in via diretta il Bando, il termine di proposizione del ricorso per motivi aggiunti, anche nel caso in cui la Stazione Appaltante abbia mancato di dare la prescritta dovuta comunicazione individuale allo stesso dell'intervenuta aggiudicazione.

È, quindi, di palmare evidenza la diversità rispetto alla fattispecie decisa dall'Adunanza Plenaria. Quest'ultima, infatti, si è occupata di individuare il dies a quo di decorso del termine di impugnazione nell'ipotesi in cui l'operatore economico non abbia impugnato in via autonoma la lex specialis ma sia insorto, ad esito della procedura ad evidenza pubblica (a cui ha partecipato), direttamente avverso il provvedimento di aggiudicazione regolarmente comunicatogli.

Sarebbe, pertanto, errato estendere acriticamente (e senza la previa verifica della sua compatibilità con il tessuto normativo) alla fattispecie in esame la regola iuris enunciata dall'Adunanza plenaria alla lett. d) del punto 32 della sentenza n. 12 del 2020 secondo cui, lapidariamente, "la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, ex art. 29 del Decreto Legislativo n. 50 del 2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione".

Detto principio è stato, del resto, elaborato con riguardo al caso, ben diverso, in cui la comunicazione dell'aggiudicazione sia stata effettuata all'Impresa ricorrente, ma risulti carente o incompleta ovvero non consenta comunque di apprezzare taluni profili di illegittimità del provvedimento (conoscibili solo una volta avuto conoscenza di ulteriori atti come i verbali di gara).

2.3 In assenza di un arresto specifico sul punto da parte del Supremo Consesso, è necessario muovere dal dato positivo e, segnatamente, dal combinato disposto degli artt. 120 comma 5, 41 comma 2 c.p.a. e 76 comma 5 del D. Lgs. n. 50 del 2016 e ss.mm..

Stabilisce, infatti, il comma 5 dell'art. 120 c.p.a. che “il ricorso, principale o incidentale e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163, o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8, dello stesso decreto; ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto”.

Come chiarito proprio dalla decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 12 del 2020 a soluzione di un evidente difetto di coordinamento normativo, il richiamo contenuto nel predetto comma 5 dell'art. 120 c.p.a. è “da intendere rivolto non più all'art. 79 [...] del «primo codice» ormai abrogato, ma all'art. 76 del «nuovo codice»” (e, quindi, all'art. 76 del D. Lgs. n. 50 del 2016 nella sua interezza).

Ebbene, secondo l'art. 76 comma 5 del D. Lgs. n. 50 del 2016 “Le stazioni appaltanti comunicano d'ufficio immediatamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni [...] l'aggiudicazione” non solo “all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione o sono in termini per presentare impugnazione” ma anche, per quanto qui interessa, “a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se tali impugnazioni non siano state respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva”.

Dal combinato disposto delle disposizioni normative testè riportate non v'è dubbio alcuno che anche nel caso di ricorso per motivi aggiunti cd. estensivi (proposto “anche avverso atti diversi da quelli già impugnati” come testualmente recita il comma 5 dell'art. 120 c.p.a.) il dies a quo è da rinvenire in quello di avvenuta comunicazione del provvedimento stesso.

Ciò si accompagna alla precisazione che detta comunicazione individuale è prescritta anche in favore del ricorrente che abbia impugnato in via autonoma il Bando di gara.

La ratio di quest'ultima previsione è quella di mettere anche il ricorrente che non abbia preso parte alla gara in condizione di conoscere l'intervenuta definizione della procedura di evidenza pubblica. Quest'ultimo, infatti, avendo gravato la *lex specialis*, conserva, anche nell'ipotesi in cui non abbia partecipato al procedimento selettivo, un interesse specifico a conoscere le sue vicende in quanto ha intrapreso un'iniziativa giudiziaria che potrebbe venire condizionata o pregiudicata dalle stesse.

2.4 Né si può sostenere che, a fronte della mancata comunicazione individuale prescritta dall'art. 76 comma 5 del D. Lgs. n. 50 del 2016 in favore del ricorrente che ha impugnato il Bando di gara, possa ritenersi sufficiente a far decorrere il termine di impugnazione dell'aggiudicazione la semplice pubblicazione ex art. 29 comma 1 del D. Lgs. n. 50 del 2016.

Anzitutto, v'è da rammentare che l'art. 120 comma 5 c.p.a. contempla tre distinte discipline in tema di decorrenza del termine per impugnare che non possono essere tra loro sovrapposte. Di queste due sono operanti in via primaria e principale e legate tra loro da un rapporto di genere a specie. Più segnatamente la regola primaria generale, applicabile all'impugnazione di qualsivoglia atto della procedura di affidamento, è quella legata alla ricezione della comunicazione individuale. La regola primaria speciale è, invece, posta con riguardo alla particolare categoria di atti della procedura di affidamento rappresentata dai "bandi" e "avvisi", in relazione ai quali è presa a riferimento la pubblicazione.

A dette regole primarie si affianca, de residuo, quella di chiusura, a carattere secondario, destinata ad operare "in ogni altro caso", che guarda alla "conoscenza dell'atto".

Il rapporto tra il primo gruppo di regole a carattere primario e quest'ultima previsione non può che essere letto in termini di sussidiarietà con la

conseguenza che la conoscenza effettiva viene in rilievo solo ove non operi il regime ordinario.

Occorre, tuttavia, chiarire come debba essere inteso questo rapporto di sussidiarietà e, segnatamente, se esso vada declinato in astratto ovvero in concreto.

Una lettura equilibrata del dettato complessivo dell'art. 120 comma 5 c.p.a. porta ad escludere che detto rapporto di sussidiarietà vada inteso in astratto. Da un punto di vista logico, infatti, la tipizzazione operata dalla prima parte del comma 5 dell'art. 120 c.p.a. appare esaustiva in quanto articolata in una previsione speciale ed una generale (e, come tale, onnicomprensiva). Detta disciplina non lascerebbe, quindi, in astratto, spazio alcuno di operatività alla regola secondaria della conoscenza effettiva (che sarebbe destinata ad una interpretatio abrogans).

Appare, pertanto, più ragionevole ritenere che il rapporto di sussidiarietà disegnato dal legislatore tra la regola secondaria della effettiva conoscenza e le regole primarie della intervenuta comunicazione ovvero pubblicazione dell'atto debba essere intesa in concreto.

Accendendo a detta ultima ricostruzione la regola della effettiva conoscenza dell'atto è applicabile solo ove, pur essendovi i presupposti di operatività delle regole primarie (la comunicazione o pubblicazione dell'atto da impugnare), detti adempimenti non siano in grado da sè di far decorrere il termine di proposizione della domanda di annullamento. Ciò accade, ad esempio, come ha ribadito la più volte citata decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 12 del 2020, per i vizi percepibili aliunde, non direttamente evincibili dall'atto oggetto di comunicazione o pubblicazione (così punto 25.2 della motivazione in diritto).

Solo a tal fine di conoscenza effettiva di nuovi profili di doglianza, successiva rispetto alla comunicazione individuale o pubblicazione dell'atto, rileva la pubblicazione degli atti di gara ex art. 29 del D. Lgs. n. 50 del 2016.

2.5 Ad escludere che, a fronte della mancata comunicazione individuale prescritta in favore del ricorrente che ha impugnato il Bando di gara dall'art. 76 comma 5 del D. Lgs n. 50 del 2016, possa ritenersi sufficiente a far decorrere il termine di impugnazione dell'aggiudicazione la semplice pubblicazione ex art. 29 del D. Lgs. n. 50 del 2016 è dirimente la disciplina generale di cui all'art. 41 comma 2 c.p.a. (di cui il comma 5 dell'art. 120 c.p.a. è declinazione specifica).

L'art. 41 comma 2 c.p.a. prevede, infatti, che il termine di proposizione del ricorso decorre "dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza, ovvero, per gli atti di cui non sia richiesta la notificazione individuale, dal giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione se questa sia prevista dalla legge o in base alla legge". Ne discende, come principio generale, che la pubblicazione di un atto (anche ove dovuta in base alla legge e con effetti di conoscenza legale) non può mai costituire l'exordium del termine per impugnare se la legge stessa impone di portare a conoscenza singulatim l'atto. Il ricorso per motivi aggiunti proposto avverso la determina dirigenziale n. 160 del 9 giugno 2020 di aggiudicazione della procedura di che trattasi in favore della società R.A. Costruzioni S.r.l. è, pertanto, tempestivo.

3. Sempre in limine va respinta l'eccezione di difetto di legittimazione attiva dei ricorrenti sollevata dalla difesa dell'Amministrazione Comunale resistente. In particolare, quest'ultima osserva, con riguardo alla posizione di Associazione Nazionale Costruttori Edili - A.N.C.E. Lecce (di seguito anche solo A.N.C.E.), che detto ente esponenziale non potrebbe ritenersi legittimato ad agire poiché portatore di un interesse non omogeneo alla categoria di riferimento. Più nel dettaglio, come pure condiviso da alcuni arresti del Consiglio di Stato proprio rispetto alla posizione di A.N.C.E. (sentenza n. 3173/2020, il cui principio è stato ripreso nella sentenza n. 4784/2020), l'Ente, nel contestare la convenienza economica di un contratto, verserebbe in una evidente situazione di conflitto di interessi, ostativa alla configurabilità di un interesse collettivo. L'apprezzamento della convenienza economica del

contratto sarebbe, infatti, legato a valutazioni soggettive della singola Impresa (la quale sarebbe, peraltro, già uti singula titolata a chiederne in giudizio la tutela).

Con riguardo, invece, alla posizione dei singoli operatori economici ricorrenti, parte resistente eccepisce la carenza di legittimazione attiva sotto un distinto profilo. In particolare, questi ultimi non vanterebbero alcuna legitimatio ad causam in quanto non avrebbero partecipato alla procedura di affidamento di che trattasi. Si osserva, in proposito, che in mancanza di partecipazione l'operatore economico può agire in giudizio solo se il bando di gara contenga clausole "immediatamente escludenti" o che rendano oggettivamente impossibile la presentazione di un'offerta (così Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 26 aprile 2018, n. 4), ipotesi, questa, che non sussisterebbe nel caso che occupa atteso che dieci imprese hanno partecipato alla gara, anche formulando ribassi sul prezzo a base d'asta.

3.1 Entrambe le eccezioni in parola sono infondate e devono essere respinte.

Quanto alla posizione della ricorrente A.N.C.E. occorre rilevare che la stessa è legittimata ad agire in giudizio in quanto portatrice di un interesse collettivo omogeneo alla categoria di riferimento.

Appare, in particolare, inconferente il richiamo operato da parte resistente alla pronuncia del Consiglio di Stato n. 3173 del 2020. Detto arresto, pur riferendosi ad A.N.C.E., riguarda una fattispecie concreta ben diversa da quella in esame. In particolare, essa ha ad oggetto una controversia relativa all'impugnazione di una lex specialis di gara limitatamente alle clausole relative alla fissazione dei criteri di valutazione delle offerte tecniche ed alla previsione un corrispettivo per i servizi di committenza previsto a carico dell'aggiudicatario.

Per contro, nel caso che occupa, parte ricorrente intende far valere il rispetto dei prezzi regionali ex art. 23, comma 16, 3° periodo, del D. Lgs. n. 50 del 2016 (ad avviso del quale "Per i contratti relativi a lavori il costo dei prodotti,

delle attrezzature e delle lavorazioni è determinato sulla base dei prezzari regionali aggiornati annualmente”).

La pretesa qui azionata in giudizio non si risolve, pertanto, nella contestazione della convenienza economica in sé del contratto (il cui apprezzamento, come opportunamente rilevato, è rimesso alla valutazione della singola impresa, espressione della sua libertà di iniziativa economica).

La diversa dimensione, certamente collettiva, dell’interesse di cui è portatore in questa sede A.N.C.E. discende dalla natura stessa dell’istituto dei prezzari regionali.

Il loro fondamento è, infatti, da rinvenire in una duplice esigenza. Da un lato la funzione dell’istituto è quella, nell’interesse precipuo delle Stazioni Appaltanti e della collettività, di assicurare la serietà dell’offerta e la qualità delle prestazioni finali rese dall’operatore economico selezionato, evitando che la previsione di importi di base eccessivamente bassi impedisca di formulare offerte di sufficiente pregio tecnico (come comprovato dalla collocazione della disciplina sotto l’art. 23 del D. Lgs. n. 50 del 2016 in tema di “Livelli della progettazione per gli appalti, per le concessioni di lavori nonché per i servizi”).

Dall’altro, l’istituto dei prezzari regionali ha funzione di regolare il mercato delle opere pubbliche e di prevenirne le storture. L’impiego di parametri eccessivamente bassi (o, viceversa troppo elevati), comunque non in linea con le caratteristiche reali del settore imprenditoriale (come declinate in concreto con riguardo ad un dato territorio ed uno specifico frangente temporale), è in grado, infatti, di alterare il gioco della concorrenza ed impedire l’accesso al mercato in condizioni di parità (così anche a pag. 2 dello stesso Listino Prezzi Regionale 2019 per la Regione Puglia, prodotto da parte ricorrente in giudizio).

Questi ultimi sono valori a carattere sovraindividuale e di primaria importanza nell’ottica dello stesso Codice dei Contratti Pubblici e del diritto dell’Unione.

È, quindi, di tutta evidenza che la previsione di prezzi regionali operi nell'interesse precipuo degli operatori economici del settore operanti sul mercato, non tanto uti singuli, quanto come categoria unitaria.

Ne è evidente comprova la circostanza che, come emerge da pag. 3 dello stesso Listino Prezzi Regionale 2019 per la Regione Puglia, il prezzo è elaborato dall'Amministrazione Regionale con la collaborazione e consultazione di una serie di Enti esponenziali, tra cui figura proprio la stessa A.N.C.E.. V'è, dunque, quale saldo indice della sussistenza di una legitimatio ad causam di quest'ultima, un chiaro parallelismo tra dimensione procedimentale amministrativa (in chiave partecipativa come previsto in via generale dall'art. 9 della L. n. 241 del 1990) e dimensione processuale contenziosa.

3.2 Va, peraltro, osservato che, secondo l'insegnamento della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 6 del 20 febbraio 2020) non è necessario che la tutela dell'interesse collettivo "ridondi anche in un materiale ed effettivo vantaggio per tutti i singoli componenti della comunità o della categoria".

La sussistenza in capo all'Ente esponenziale che agisca in giudizio di un interesse collettivo ed omogeneo alla categoria di riferimento va, infatti, apprezzata ex ante e con riguardo alla categoria nel complesso senza che assuma rilievo la circostanza, di certo contingente, che uno o più degli appartenenti alla stessa possano vantare, in concreto, un interesse di segno opposto (come, nel caso di specie, nell'eseguire opere pubbliche per corrispettivi significativamente inferiori a quelli di mercato).

In questo senso, come aggiunge la stessa sentenza dell'Adunanza Plenaria appena richiamata, l'esistenza di un effettivo interesse collettivo riferibile in modo omogeneo ad una categoria unitaria può essere escluso solo se presso quest'ultima "è diffuso un interesse opposto". Non è, pertanto, valevole ad escludere l'omogeneità della posizione giuridica legittimante l'obiezione che l'interesse collettivo al ripristino delle condizioni di legalità in tema di

determinazione del costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni possa entrare in conflitto con l'interesse individuale di segno diverso di taluni singoli operatori economici, non diffuso tra la categoria.

Peraltro, a ben vedere, l'A.N.C.E. (nella specie) agisce a tutela di tutti gli operatori economici del settore edile, anche di quelli che hanno partecipato in concreto alla gara de qua, posto che (nell'ipotesi di accoglimento del ricorso) questi ultimi potranno ripartecipare alla gara stessa che dovrà essere nuovamente indetta sulla base di prezzi (inerenti le principali lavorazioni dell'appalto) più remunerativi per i partecipanti.

3.3 Parimenti infondata è l'eccezione di difetto di legittimazione attiva sollevata nei confronti dei singoli operatori economici ricorrenti.

Costituisce *jus receptum* il principio secondo cui “In materia di controversie aventi ad oggetto gare di appalto, la legittimazione al ricorso deve essere correlata ad una situazione differenziata e, dunque, meritevole di tutela per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione, per cui chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è legittimato a chiederne l'annullamento ancorchè vanti un interesse di fatto a che la competizione venga nuovamente bandita” con la precisazione che “a tale regola generale può però derogarsi in tre ipotesi tassative, ossia quando si contesti in radice l'indizione della gara; si contesti che una gara sia mancata, avendo l'Amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto; si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti” (ex multis T.A.R. Trentino-Alto Adige, Trento, sez. I, 22/02/2019, n.36).

La giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di chiarire che “Per essere assoggettata all'onere dell'impugnazione immediata, la clausola della *lex specialis* di gara deve essere oggettivamente ed immediatamente escludente nei confronti di tutti gli operatori economici indistintamente, tanto da concretizzare l'astratta impossibilità per un qualsiasi operatore medio di formulare un'offerta o comunque un'offerta economicamente sostenibile, ciò

perché un onere di impugnazione immediata di clausole contenute negli atti di indizione della gara sussiste qualora le relative controversie impediscano, indistintamente a tutti i concorrenti, una corretta e consapevole elaborazione dell'offerta” (così T.A.R. Campania, Napoli , sez. VIII , 23/11/2020 , n. 5464).

Ebbene, ritiene il Collegio che la previsione in seno alla lex specialis di gara di una base d'asta non rispettosa dei valori stabiliti nel prezzario regionale ex art. 23, comma 16, 3° periodo, del D. Lgs. n. 50 del 2016 sia circostanza che, nella prospettiva ex ante che deve caratterizzare la verifica in ordine alla sussistenza delle condizioni dell'azione, impedisce la formulazione di un'offerta seria da parte degli operatori economici interessati. Ne discende che non può ragionevolmente pretendersi dagli stessi, ai soli fini del possesso della legittimazione ad agire in giudizio con l'impugnazione del Bando di gara, la presentazione di una domanda di partecipazione alla procedura di affidamento. Quest'ultimo si tramuterebbe, infatti, in un inutile adempimento formale, privo di qualsivoglia valenza sul piano sostanziale.

Né assume, in ultimo, rilievo, che, come evidenziato dalla parte resistente, dieci operatori economici abbiano effettivamente partecipato alla procedura di affidamento de qua, formulando ribassi considerevoli (anche superiori al 30%). Trattasi, invero, di circostanza apprezzabile solo ex post (come tale non in grado di incidere sulla verifica, da condurre a priori con riguardo al momento dell'indizione della procedura, circa la sussistenza della legitimatio ad causam). Del resto, a ben vedere, sempre ragionando a posteriori, potrebbe trarsi conferma, in senso contrario, della impossibilità per gli operatori economici di formulare un'offerta seria dalla ulteriore circostanza che in corso di esecuzione del contratto affidato si è resa necessaria l'approvazione di un progetto esecutivo di perizia suppletiva e di variante a mezzo della delibera di Giunta Municipale n. 133 del 5 novembre 2020.

4. Nel merito il ricorso è fondato e va accolto nei sensi appresso precisati.

Con l'unico articolato motivo di gravame si deduce la violazione degli artt. 23, comma 16, 30, comma 1, e 95, comma 1, del D. Lgs. n. 50 del 2016 avendo l'Amministrazione Comunale resistente assunto a riferimento – per il calcolo della base d'asta – prezzi significativamente inferiori alle quotazioni previste, per i corrispondenti articoli di lavorazioni e forniture, nel vigente Prezziario della Regione Puglia. In particolare, il Comune di Neviano sarebbe giunto a sottostimare in maniera arbitraria l'intervento di € 285.966,40 (pari al 48% del valore calcolato sulla base del prezziario 2019). Ciò avrebbe ex se reso impossibile per qualsivoglia operatore economico formulare un'offerta seria e economicamente sostenibile.

Inoltre, l'Amministrazione Comunale resistente sarebbe incorsa in un difetto assoluto e manifesto di istruttoria (che si sarebbe, di riflesso, tradotto in una carenza della motivazione) non avendo indicato in sede di Bando l'origine dei dati impiegati nella determinazione della base d'asta.

4.1 Le censure sono fondate e devono essere accolte nei limiti appresso precisati.

Come emerge ex actis, il Comune di Neviano ha proceduto a riformulare, in seno all'Allegato C al progetto a base di gara ("Elenco e Analisi Prezzi Unitari"), talune voci di prezzo già contemplate nel Listino Prezzi Regionale della Puglia dell'anno 2019 (in particolare le voci si cui agli Art. NP.01, NP.02, NP.04, NP.05 e NP.14) indicando altrettanti Nuovi Prezzi (NP) ribassati fino ad un massimo del 65 %.

Ciò ha portato a determinare la base d'asta della procedura di che trattasi in € 302.671,15, ammontare che risulta sottostimato, rispetto a quello derivante dall'applicazione del Prezziario Regionale, di € 285.966,40.

4.2 Orbene, il chiaro tenore dell'art. 23, comma 16, 3° periodo, del D. Lgs. n. 50 del 2016, secondo il quale "Per i contratti relativi a lavori il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni è determinato sulla base dei prezziari regionali aggiornati annualmente", spinge a ritenere che le Stazioni Appaltanti siano tenute a fare puntuale applicazione dei prezziari regionali. La

previsione in parola non si esprime, infatti, in termini di mera possibilità (come accade aliunde ove si dice che la P.A. “può”) ma pone un vero e proprio obbligo in tal senso.

Del resto, anche a ritenere che il prezzario regionale non abbia valore “tout court” vincolante ma costituisca la base di partenza per l’elaborazione delle voci di costo della singola procedura, deve nondimeno ritenersi che in caso di eventuale scostamento da detti parametri di riferimento, la stazione appaltante sia tenuta a darne analitica motivazione (in questo senso cfr. anche la delibera A.N.A.C. n. 768 del 4 settembre 2019). Ciò è vieppiù necessario ove tale scostamento sia particolarmente sensibile non potendosi tollerare una determinazione del prezzo a base d’asta completamente arbitraria in quanto priva del necessario apparato giustificativo.

4.3 Nella vicenda che occupa, invece, il Comune di Neviano, pur a fronte di una rilevante riduzione rispetto al valore complessivo calcolato sulla base del Prezziario della Regione Puglia per l’anno 2019 (pari al 48% di quest’ultimo), ha mancato di offrire a sostegno di detta scelta un’adeguata motivazione.

Tali non si possono, infatti, considerare i dati riportati in forma di tabella sotto ciascuna voce con la dizione “analisi prezzo”. Detti schemi sono, infatti, privi di qualsivoglia esplicazione diversa dalla nuda indicazione del diverso valore numerico e non sono, in ogni caso, supportati da dati o documenti in grado di dare contezza e di giustificare lo scostamento alla luce delle specifiche condizioni di mercato esistenti sul territorio interessato.

Sussiste, pertanto, il denunciato vizio di motivazione.

Sono, dunque, illegittimi, in via diretta e derivata, e vanno annullati tutti i provvedimenti impugnati con ricorso introduttivo e (quelli consequenziali) a mezzo di motivi aggiunti.

5. Va, in ultimo dichiarata l’improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse della domanda ex art. 116 comma 2 c.p.a. proposta da parte ricorrente avverso il silenzio rigetto serbato dal Comune di Neviano sull’istanza di accesso del 25 novembre 2020 agli atti e ai documenti relativi

all'approvazione del progetto esecutivo di perizia suppletiva e di variante di cui alla delibera di Giunta Municipale n. 133 del 5 novembre 2020.

È, infatti, intervenuta, in data 5 febbraio 2021 con nota prot. n. 1084 del Settore Tecnico - Manutentivo, l'ostensione da parte del Comune di Neviano della documentazione richiesta.

6. Sussistono, in ragione della novità e complessità delle questioni affrontate, giustificati motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza definitivamente pronunciando sul ricorso integrato da motivi aggiunti, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla tutti gli atti e i provvedimenti comunali impugnati con il ricorso introduttivo del giudizio e con i motivi aggiunti proposti in corso di causa.

Dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse la domanda ex art. 116 comma 2 c.p.a. proposta da parte ricorrente avverso il silenzio rigetto serbato dal Comune di Neviano sull'istanza del 25 novembre 2020 di accesso agli atti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella Camera di Consiglio del giorno 9 marzo 2021 svolta da remoto tramite l'applicativo Microsoft Teams con l'intervento dei magistrati:

Enrico d'Arpe, Presidente

Patrizia Moro, Consigliere

Giovanni Gallone, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Gallone

IL PRESIDENTE
Enrico d'Arpe

IL SEGRETARIO