

Publicato il 31/10/2019

N. 01664/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00586/2019 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 586 del 2019, proposto da Associazione Nazionale Costruttori Edili - A.N.C.E., Associazione Nazionale Costruttori Edili - A.N.C.E. - Lecce, Lecci Costruzioni & Co. S.r.l., Troso Costruzioni 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 P.E.C. da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Angelo Vantaggiato in Lecce, via G. Zanardelli, n. 7;

contro

Comune di Lizzanello, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocato Francesco Marchello, con domicilio digitale come da P.E.C. da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Lecce, alla via Giuseppe Chiriatti, n. 6;

Asmel Consortile S.c. a r.l., in persona del legale rappresentante pro

tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato Ferdinando Pinto, con domicilio digitale come da P.E.C. da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Sorrento (NA), alla via Fuorimura, n. 20/b;

- per l'annullamento:

- degli atti e dei provvedimenti relativi alla procedura di gara indetta dal Comune di Lizzanello per l'affidamento dei lavori di “Ristrutturazione di parte di fabbricato esistente ubicato nella Frazione di Merine da destinare a Centro aperto polivalente per anziani (art. 106 del Reg. n. 4 del 18-1-2007)”, con specifico riferimento ai seguenti atti:

a) Bando di gara pubblicato dalla Stazione appaltante in data 26 marzo 2019, con particolare riferimento ai paragrafi IV.2.1) e VI.3), lett. r);

b) Disciplinare di gara, e, in particolare, paragrafi 3.2.4) e 4.1;

c) Allegato E (“Atto unilaterale d'obbligo”) al Disciplinare di gara;

- della determinazione a contrarre dell'Ufficio Tecnico - Settore Lavori Pubblici del Comune di Lizzanello n. 155 del 26 marzo 2019;

- di tutti gli atti prodromici e consequenziali, anche non conosciuti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Lizzanello e di Asmel Consortile S.c. a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 ottobre 2019 la dott.ssa Maria Luisa Rotondano e uditi per le parti l'Avvocato F. Vagnucci, anche in sostituzione dell'Avvocato A. Cancrini, l'Avvocato F. Pinto,

che ha chiesto l'anticipata pubblicazione del dispositivo, e l'Avvocato A.R. Serafini, in sostituzione dell'Avvocato F. Marchello;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Associazione Nazionale Costruttori Edili - A.N.C.E.,
l'Associazione Nazionale Costruttori Edili - A.N.C.E. - Lecce,
nonché due operatori del settore (Lecci Costruzioni & Co. S.r.l. e
Troso Costruzioni S.r.l., che non hanno partecipato alla gara in
questione) hanno impugnato, domandandone l'annullamento:

- gli atti e i provvedimenti relativi alla procedura aperta di gara,
indetta dal Comune di Lizzanello per l'affidamento dei lavori di
“Ristrutturazione di parte di fabbricato esistente ubicato nella
Frazione di Merine da destinare a Centro aperto polivalente per
anziani (art. 106 del Reg. n. 4 del 18-1-2007)”, con specifico
riferimento ai seguenti atti:

a) Bando di gara pubblicato dalla Stazione appaltante in data 26
marzo 2019, con particolare riferimento ai paragrafi IV.2.1)
(“Criterio di aggiudicazione. Offerta economicamente più
vantaggiosa” - “Criteri di valutazione”) e VI.3), lett. r) (“Atto
unilaterale d'obbligo”);

b) Disciplinare di gara, e, in particolare, paragrafi 3.2.4) (“Atto
unilaterale d'obbligo”) e 4.1 (“Offerta tecnica”);

c) Allegato E (“Atto unilaterale d'obbligo”) al Disciplinare di gara;

- la determinazione a contrarre dell'Ufficio Tecnico - Settore Lavori
Pubblici del Comune di Lizzanello n. 155 del 26 marzo 2019;

- tutti gli atti prodromici e consequenziali, anche non conosciuti.

A sostegno dell'impugnazione interposta hanno dedotto le censure così rubricate:

- 1) Violazione dei principi ordinamentali di buon andamento e imparzialità (art. 97 della Costituzione) - Violazione e/o falsa applicazione di legge (art. 95 del Decreto Legislativo n. 50/2016) - Eccesso di potere per sviamento e travisamento in fatto e diritto;
- 2) Violazione dei principi ordinamentali di buon andamento e imparzialità (artt. 23 e 97 della Costituzione) - Violazione e/o falsa applicazione di legge (artt. 41, comma 2-*bis* e 83, comma 8 del Decreto Legislativo n. 50/2016) - Eccesso di potere per sviamento di potere, travisamento in fatto e diritto;
- 3) Violazione dei principi ordinamentali di buon andamento e imparzialità (art. 97 della Costituzione) - Violazione e/o falsa applicazione di legge (art. 59, comma 3 e art. 83, comma 8 del Decreto Legislativo n. 50/2016) - Eccesso di potere per incompetenza, istruttoria assente, contraddittorietà infraprocedimentale, travisamento in fatto e diritto;
- 4) Violazione dei principi ordinamentali di buon andamento e imparzialità (art. 97 della Costituzione) - Violazione e/o falsa applicazione di legge (artt. 37, comma 4, 38 e 39 del Decreto Legislativo n. 50/2016) - Eccesso di potere per incompetenza, istruttoria assente, contraddittorietà infraprocedimentale, travisamento in fatto e diritto.

Si è costituito in giudizio il Comune di Lizzanello, eccependo *in limine* l'inammissibilità del ricorso per mancanza di legittimazione ad agire e/o per carenza di interesse al ricorso in relazione a tutti i ricorrenti, sostenendo:

- da un lato, l'insussistenza della legittimazione ad agire di A.N.C.E., “nemmeno nella sua articolazione provinciale di Lecce, in quanto l'ente esponenziale non allega e tanto meno dimostra la circostanza che le questioni inerenti la presunta illegittimità degli atti di gara impugnati attengano <<in via immediata al perimetro delle finalità statutarie>> e che <<la produzione degli effetti del provvedimento controverso si risolva in una lesione diretta del suo scopo istituzionale, e non della mera sommatoria degli interessi imputabili ai singoli associati>> (C.d.S., A.P., 02.11.2015 n. 9)”, ed essendo, inoltre, “noto il principio di diritto, espresso proprio per escludere la legittimazione ad intervenire in giudizio nei confronti di A.N.C.E. e ancor più applicabile nel caso di ricorso autonomo, come quello *sub iudice*, secondo il quale <<*resta (...) preclusa ogni iniziativa giurisdizionale sorretta dal solo interesse al corretto esercizio dei poteri amministrativi o per mere finalità di giustizia, occorrendo, si ripete, per autorizzare l'intervento di un'associazione esponenziale di interessi collettivi, un interesse concreto ed attuale (imputabile alla stessa associazione) alla rimozione degli effetti pregiudizievoli prodotti dal provvedimento controverso*>> (C.d.S., A.P., n. 9/2015)”; ancora, sostiene che “La partecipazione alla procedura di gara di altri operatori appartenenti alla stessa categoria di quelli istituzionalmente rappresentati da A.N.C.E.” (nella specie, due) farebbe “emergere la carenza di legittimazione ad agire di quest'ultima poiché l'iniziativa giudiziale intrapresa non può ritenersi sorretta <<dall'esigenza di tutelare l'interesse collettivo statutariamente rappresentato dall'Associazione>> (C.d.S., A.P., n. 9/2015)” (richiama, in proposito, la sentenza del T.A.R. Puglia - Lecce n. 490/2011);

- dall'altro, che le due ditte ricorrenti “non hanno partecipato alla procedura di affidamento oggetto del giudizio, non hanno mai

manifestato la loro volontà di parteciparvi e, tanto meno, hanno allegato e dimostrato, neanche nella presente sede giudiziale, di essere in possesso delle <<Condizioni di partecipazione>>” previste dalla *lex specialis*, né hanno “rappresentato che le previsioni degli atti di gara impugnate possano aver loro precluso la possibilità di partecipazione alla gara, e quindi la reale impossibilità della presentazione di una offerta (C.d.S., 3[^], 18.4.2017, n. 1809), alla stregua dei casi di integrazione di clausole immediatamente escludenti, <<doendosi con tale predicato intendersi quelle che con assoluta certezza gli precludano l’utile partecipazione>> (C.d.S., A.P., 26.4.2018, n. 4)”; richiama, in proposito, anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea (pronuncia del 28.11.2018 - Causa C-328/17, con cui si è ritenuto che, “poiché è solo in via eccezionale che un diritto di proporre ricorso può essere riconosciuto a un operatore che non ha presentato alcuna offerta, non si può considerare eccessiva la richiesta che quest’ultimo dimostri che le clausole del bando rendevano impossibile la formulazione stessa di un’offerta”).

Nel merito, il Comune di Lizzanello resistente ha contestato “*in toto*” le avverse pretese e chiesto il rigetto del gravame.

Si è costituita, altresì, Asmel Consortile S.c. a r.l. (di seguito, anche solo ASMEL), parimenti eccependo preliminarmente:

- l’inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione processuale dell’A.N.C.E., evidenziando che “E’ principio pacifico non solo che l’interesse perseguito deve essere quello dell’intera categoria ma anche che il profilo non debba riguardare, in particolare, i singoli iscritti ovvero che si tratti di profili capaci di dividere la categoria in posizioni disomogenee”, nel mentre, “nel

caso di specie l'Associazione assume di essere portatore degli interessi dell'intera categoria e non di singoli iscritti, affermazione che però è smentita in fatto in quanto alla gara hanno partecipato due imprese che - evidentemente - hanno ritenuto che la clausola impugnata relativa ad ASMEL., non fosse lesiva dei propri interessi. Si è determinata cioè un evidente conflitto di interessi tra chi ritiene - l'A.N.C.E. e le imprese ricorrenti - che la clausola, e più in generale le regole di gara, siano lesiva degli interessi della categoria e chi invece - i partecipanti alla gara - ritiene che non lo siano”, che escluderebbe “qualsiasi rappresentanza della associazione ai fini del maturare dell'interesse al ricorso”; tanto avrebbe, altresì, “effetti diretti nei confronti del *petitum* sostanziale in quanto neppure è dato comprendere se l'associazione agisca per la demolizione totale della gara o per l'annullamento delle sole clausole che dispongono pagamenti (ritenuti) non dovuti” (inammissibilità del gravame “per indeterminatezza del *petitum*”);

- l'inammissibilità del ricorso presentato dalle due imprese, asseritamente non configurandosi, nel caso di specie, alcuna delle ipotesi eccezionali di impugnabilità diretta della legge di gara, essendo - in tesi - “di tutta evidenza come l'impugnazione proposta dalle singole aziende non può rientrare in nessuna delle condizioni di cui si è detto in quanto, da un lato, relativa ad un elemento che peserebbe solo l'1% della base d'asta e dunque non è abnorme, mentre il calcolo fatto in merito al costo delle opere fatte dei ricorrenti - che peserebbe per il 34% della base d'asta - è un mero assunto dei ricorrenti frutto di una interpretazione di cui non vi è alcuna traccia negli atti di gara ed è dovuta ad una inesatta interpretazione degli atti di gara”; assunto, questo, che sarebbe pure

confermato dal fatto che la gara non è andata deserta, essendo state presentate due offerte, peraltro già ammesse al prosieguo della procedura.

Nel merito, anche Asmel Consortile S.c. a r.l. ha contestato *in toto* le avverse pretese e chiesto la reiezione del ricorso.

Con ordinanza 28-29 maggio 2019, n. 328, questa Sezione ha accolto l'istanza cautelare incidentalmente formulata dalle parti ricorrenti, così testualmente argomentando:

<<- “*in limine*”:

- *riguardo alla legittimazione ad agire:*

a) appare sussistere la legittimazione ad agire delle due imprese (singole) ricorrenti (pur non avendo le stesse presentato domanda di partecipazione alla gara in questione), stante l'impugnabilità immediata delle clausole “escludenti” della “lex specialis”, trattandosi di clausole preclusive dell'utile partecipazione alla gara (Consiglio di Stato, Sezione Terza, 26 febbraio 2019, n. 1331, con i riferimenti, ivi contenuti, in particolare a Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 26 aprile 2018, n. 4);

b) in ogni caso, sembra configurabile la legittimazione ad agire dell'A.N.C.E., in quanto la proposizione dell'impugnativa in esame appare coerente con l'interesse istituzionale di tale Associazione di categoria, essendo preordinata ad evitare che oneri (assunti come) indebiti siano posti a carico degli operatori economici del settore; né sembra integrare un conflitto di interessi con una parte degli imprenditori (appartenenti alla categoria di riferimento) la semplice partecipazione alla selezione de qua di - sole - due imprese, considerato, peraltro, che la contraria opzione ermeneutica comporterebbe che la legittimazione attiva dell'A.N.C.E. risulterebbe, in concreto, paralizzata ogni volta che - anche - un singolo operatore associato decidesse, comunque, di partecipare alla gara, sicchè appare da ripudiare in forza del c.d. metodo apagogico;

- *in relazione all'oggetto del gravame, ritiene il Collegio di precisare che l'impugnativa riguarda l'annullamento totale degli atti di gara (con l'esito della riedizione della gara medesima), atteso che la contestazione delle specifiche clausole del bando impugmate coinvolge - necessariamente - lo svolgimento dell'intera procedura selettiva;*
- *ciò premesso, con riferimento alle questioni sostanziali proposte:*
- *per un verso, effettivamente, i criteri qualitativi di valutazione (con l'attribuzione complessiva di ben novanta punti su cento) previsti dalle lettere "A" ("Saranno valutate positivamente le offerte tecniche estendono gli interventi strutturali all'intero edificio consentendo la uniformità statica dell'intero immobile per consentire l'acquisizione delle certificazioni di sicurezza dell'intero edificio (collaudo statico - conformità impianti efficientamento e risparmio energetico)", con gli inerenti sub-criteri "A1", "A2", "A3") e "B" ("Saranno valutati positivamente gli interventi che garantendo continuità architettonica all'intero edificio prestino particolare risalto all'uso di materiali che contemporaneamente garantiscano sia l'abbattimento degli interventi e dei costi di manutenzione sia l'efficientamento e risparmio energetico all'intero edificio", con i relativi sub-criteri "B1" e "B2") del Bando di Gara (da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) prevedono chiaramente prestazioni (non trascurabili) riguardanti l'intero edificio, sicchè non sembrano finalizzati a valorizzare le migliorie al progetto posto a base d'asta (progetto relativo, invece, alla ristrutturazione - solo - di parte del fabbricato esistente), quanto - piuttosto - ad estendere gli interventi previsti nel progetto esecutivo anche alla restante porzione dell'immobile, ponendone (indebitamente) i relativi oneri economici a carico dei concorrenti, con sostanziale alterazione dei caratteri essenziali delle prestazioni richieste;*
- *e, per altro verso, il corrispettivo a favore di Asmel Consortile S.c.a.r.l., quantificato in percentuale dell'importo complessivo a base di gara, è,*

sostanzialmente, posto a carico del partecipante (in caso di aggiudicazione) e non già della Stazione Appaltante (si veda, in particolare, l'atto unilaterale d'obbligo), e sembra concretare - in assenza di espressa copertura legislativa specifica - una violazione di legge (art. 41, comma 2 bis del Decreto Legislativo n. 50/2016 e art. 23 della Costituzione), anche perché l'apporto partecipativo di Asmel alla procedura di gara (ulteriore rispetto alla messa a disposizione della piattaforma telematica) è minimo, e non risulta che quest'ultima sia una Centrale di Committenza, né che sia iscritta all'Anagrafe delle Stazioni Appaltanti;

Rilevata, altresì, la sussistenza di un pregiudizio di estrema gravità e urgenza per le parti ricorrenti, in ragione della natura degli atti impugnati ("lex specialis" di gara) e della possibile prosecuzione (in difetto della concessione della tutela cautelare) della procedura concorrenziale di che trattasi, con la conseguente vanificazione, all'esito della stessa, della possibilità di conseguire un qualsiasi risultato utile>>.

Con ordinanza 26 luglio 2019, n. 3810, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha respinto l'appello proposto avverso l'ordinanza di questa Sezione n. 328/2019, *“Considerato che le numerose e complesse questioni sottese alla formulazione dell'appello, comprese quelle relative ai profili di legittimazione e di ammissibilità, meritano l'approfondimento proprio della fase di merito;*

Ritenuto che, anche in ragione dell'imminenza della definizione della controversia in primo grado (per la quale l'udienza pubblica è fissata per il 2 ottobre 2019), non sussistono i paventati profili di irreparabilità del pregiudizio”.

Le parti hanno successivamente svolto e ribadito le rispettive difese.

All'udienza pubblica del 2 ottobre 2019, su istanza di parte, la causa è stata introitata per la decisione.

DIRITTO

1. - Va, innanzitutto, precisato - in relazione all'oggetto del gravame, che l'impugnativa riguarda l'annullamento totale degli atti di gara (con l'esito della riedizione della gara medesima), atteso che la contestazione delle specifiche clausole del bando impuginate coinvolge - necessariamente - lo svolgimento dell'intera procedura selettiva.

Non vi è, quindi, alcuna indeterminatezza del *petitum* sostanziale, come - invece - eccepito da Asmel Consortile S.c. a r.l..

2. - Sempre preliminarmente, vanno disattese le eccezioni di inammissibilità del ricorso, formulate *in limine* dal Comune di Lizzanello e da Asmel Consortile S.c. a r.l. per difetto di legittimazione e di interesse a ricorrere sia degli operatori economici ricorrenti, sia dell'A.N.C.E. nazionale e dell'A.N.C.E. - Lecce.

2.1 - In riferimento alla prima questione, è stato, in linea generale, condivisibilmente affermato che *“E’ principio ormai acquisito che l'imprenditore che non ha presentato domanda di partecipazione alla gara è, nondimeno, legittimato ad impugnarne il bando qualora esso contenga clausole escludenti (C.d.S., Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4; 25 febbraio 2014, n. 9; 7 aprile 2011, n. 4; 29 gennaio 2003, n. 1), le quali, per condivisibile orientamento, non sono solo quelle riguardanti i requisiti soggettivi di partecipazione, ma anche quelle che prevedono un importo a base di gara insufficiente alla copertura dei costi (cfr. C.G.A.R.S., 20 dicembre 2016, n. 474, con ulteriori richiami), poiché questo si traduce in un fattore ostativo alla partecipazione e mina in radice la serietà delle offerte di gara e dell'intero procedimento contrattuale, nonché, più in generale, quelle che stabiliscono condizioni negoziali che rendono il rapporto eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. C.d.S., Ad. Plen., n. 4/2018 cit.)”* (Consiglio di Stato, Sezione Terza, 26 febbraio 2019, n. 1331).

2.1.1 - Orbene, nel caso di specie (come pure condivisibilmente opposto dalle parti ricorrenti), sussiste la legittimazione ad agire degli operatori economici in questione (non partecipanti alla gara), in quanto si contesta, essenzialmente:

- innanzitutto, che il Comune di Lizzanello abbia richiesto agli operatori economici partecipanti, al fine di conseguire i novanta punti dell'offerta tecnica (sui cento complessivamente attribuibili all'offerta), il completamento del progetto esecutivo posto a base di gara (relativo - solo - a "parte di fabbricato esistente"), estendendo gli interventi previsti nel progetto esecutivo della P.A. anche alla restante porzione dell'immobile (intero edificio), con un maggiore onere per il concorrente, "secondo una stima prudenziale", di euro 140.000,00, pari ben al 34% della base d'asta (si veda, in proposito, l'elaborato "Valutazione economica delle migliorie necessarie per soddisfare i criteri A1 - A2 - A3", laddove - premesso che la superficie aggiuntiva del fabbricato oggetto delle migliorie previste dalla legge di gara è di mq 173, corrispondenti a circa il 60% in più della superficie di mq 287 del fabbricato su cui effettuare i lavori secondo il computo di progetto - viene svolta partitamente la specifica elaborazione dei dati tecnico-economici inerenti agli interventi "migliorativi" richiesti); così rendendo il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e oggettivamente non conveniente per un qualsiasi operatore "medio";

-e, poi, l'illegittimità dell'operato della Stazione appaltante, per avere posto a carico dell'operatore aggiudicatario il costo di funzionamento della piattaforma ASMEL., pari a euro 4.180,00 oltre I.V.A.: costo, questo, che, pur potendo non apparire abnorme in termini assoluti, lo diventa se rapportato - in aggiunta - alle menzionate caratteristiche

dei criteri premiali e alle conseguenze economiche (a carico dei partecipanti) della relativa applicazione.

2.2 - Sussiste, poi, la legittimazione ad agire dell'A.N.C.E. nazionale e dell'A.N.C.E. Lecce.

2.2.1 - In proposito, il Consiglio di Stato (Adunanza Plenaria, 2 novembre 2015, n. 9) ha ritenuto che *“La legittimazione attiva ... di associazioni rappresentative di interessi collettivi obbedisce alle stringenti regole di seguito precisate ...*

E' necessario, innanzitutto, che la questione dibattuta attenga in via immediata al perimetro delle finalità statutarie dell'associazione e, cioè, che la produzione degli effetti del provvedimento controverso si risolva in una lesione diretta del suo scopo istituzionale, e non della mera sommatoria degli interessi imputabili ai singoli associati (Cons. St., sez. IV, 16 novembre 2011, n. 6050).

E', inoltre, indispensabile che l'interesse tutelato con l'intervento sia comune a tutti gli associati, che non vengano tutelate le posizioni soggettive solo di una parte degli stessi e che non siano, in definitiva, configurabili conflitti interni all'associazione (anche con gli interessi di uno solo dei consociati), che implicherebbero automaticamente il difetto del carattere generale e rappresentativo della posizione azionata in giudizio (cfr. ex multis Cons. St., sez. III, 27 aprile 2015, n. 2150)”.

2.2.2 - Ebbene, nella fattispecie concreta in esame, la proposizione dell'impugnativa *de qua* - volta, sostanzialmente, a contestare l'eccessiva onerosità e l'obiettiva non convenienza del rapporto contrattuale, scaturenti dalle dedotte violazioni di legge - risulta, in primo luogo, coerente con l'interesse istituzionale (collettivo) proprio (non già semplice sommatoria degli interessi dei singoli associati) di tale Associazione di categoria (cioè, “la tutela degli interessi della categoria delle imprese di costruzione anche

specialistiche, per l'esecuzione, la promozione, la progettazione, l'ingegneria di opere pubbliche e private in funzione del progresso del Paese nel quadro dell'economia di mercato”), essendo preordinata ad evitare che oneri (assunti come) indebiti (e cioè, il costo di lavori non previsti nel progetto della P.A. posto a base di gara e il contributo ad A.S.M.E.L. per il funzionamento della piattaforma telematica) siano posti a carico degli operatori economici del settore.

Né, ad avviso del Collegio, integra un conflitto di interessi con una parte degli imprenditori (appartenenti alla categoria di riferimento) la semplice partecipazione alla selezione *de qua* di - sole - due imprese, in quanto:

- da un lato, non v'è dubbio che sia di comune e generale interesse della totalità (e non solo di alcuni) degli operatori economici associati (e, pertanto, rappresentativo di tutte le imprese del settore, incluse le due imprese di costruzione che hanno presentato - solo - domanda di partecipazione alla gara *de qua* - sicchè la loro posizione sostanziale non è in alcun modo consolidata -, e che potranno ripresentarla nella nuova gara da rieditare) che i predetti oneri non siano posti (anzi, imposti) a loro carico, ma che restino - invece - addossati (correttamente e legittimamente) alla Stazione appaltante che bandisce la gara (e che, quindi, non gravino sulle imprese associate oneri finanziari ulteriori rispetto a quelli *ex lege*);
- e, dall'altro, la contraria opzione ermeneutica comporterebbe che la legittimazione attiva dell'A.N.C.E. (legata all'interesse sostanziale comune della categoria) risulterebbe, in concreto, paralizzata (e l'interesse collettivo - generale e sostanziale - vanificato e *tout court* non tutelabile) ogni volta che - anche - un singolo operatore

economico associato decidesse, comunque, di partecipare alla gara (circostanza, con ogni evidenza, meramente eventuale e contingente).

2.3 - In definitiva, il ricorso (collettivo) in questione, con cui le parti ricorrenti fanno valere il medesimo interesse sostanziale a contestare condizioni negoziali che rendono il rapporto eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (e considerato pure che l'interesse individuale è, in ogni caso, contenuto nell'interesse collettivo azionato - cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, Sezione Seconda, 29 luglio 2014, n. 2026) è ammissibile.

3. - Nel merito, il ricorso è fondato e deve essere, quindi, accolto.

Fondate ed assorbenti sono le censure con cui si deduce, essenzialmente, che la *lex specialis* ha posto a carico dei concorrenti (imprese del settore) oneri economici non dovuti (appunto, il costo di lavori non previsti nel progetto della P.A. posto a base di gara e il contributo ad ASMEL per il funzionamento della piattaforma).

3.1 - Premesso che l'intervento - ed il relativo progetto esecutivo - riguarda esclusivamente una porzione del fabbricato esistente, le parti ricorrenti sostengono che la P.A. abbia fatto un uso distorto del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, atteso che, "In definitiva, gli interventi premiati dalla Stazione appaltante con il riconoscimento di ben 90 punti non sono affatto miglorie - e neppure varianti progettuali, peraltro neppure consentite dalla legge di gara - bensì costituiscono una (indebita) estensione delle prestazioni oggetto dell'affidamento, a carico del concorrente che è tenuto (per conseguire i 90 punti previsti per l'offerta tecnica) ad eseguirli a titolo gratuito" e che, "sotto la forma delle miglorie progettuali da valutarsi ai sensi dell'art. 95 comma 2 del Codice, il Comune di Lizzanello si cela in realtà la richiesta ai concorrenti di

completare il progetto esecutivo posto a base di gara estendendo gli interventi previsti (e quotati) nel progetto esecutivo anche alla restante porzione dell'immobile. Il tutto, naturalmente, a titolo gratuito, restando le migliorie (di importo complessivamente pari a euro 140.000,00, ossia il 34% della base d'asta) a carico del concorrente, come il Disciplinare di gara ha cura di specificare espressamente”.

3.1.1 - La doglianza coglie nel segno.

Ricorda il Collegio che le impugnate clausole del Bando di Gara *de quo* (punto IV.2.1 - “Criterio di aggiudicazione: Offerta economicamente più vantaggiosa” - “Criteri di valutazione”) così testualmente dispongono:

- alla lettera “A” (“Qualità - Pregio Tecnico - Caratteristiche estetiche e funzionali - Accessibilità”), che “Saranno valutate positivamente le offerte tecniche estendono gli interventi strutturali all'intero edificio consentendo la uniformità statica dell'intero immobile per consentire l'acquisizione delle certificazioni di sicurezza dell'intero edificio (collaudo statico - conformità impianti efficientamento e risparmio energetico”, con gli inerenti *sub*-criteri “A1” (“Interventi mirati a garantire la sicurezza statica dell'edificio - murature e solai”), “A2” (“Interventi mirati a dare continuità architettonica all'intero edificio”) e “A3” (“Interventi atti a garantire la sicurezza e miglioramento delle dotazioni tecnologiche ed impiantistiche dell'intero edificio”);
- alla lettera “B” (“Utilizzazione e manutenzione”), che “Saranno valutati positivamente gli interventi che garantendo continuità architettonica all'intero edificio prestino particolare risalto all'uso di materiali che contemporaneamente garantiscano sia l'abbattimento

degli interventi e dei costi di manutenzione sia l'efficientamento e risparmio energetico all'intero edificio", con i relativi *sub*-criteri "B1" ("Uso di materiali che per caratteristiche costruttive abbattano gli interventi di manutenzione e i relativi costi riferiti all'intero ciclo di vita dell'opera") e "B2" ("Uso di materiali che uniformando le caratteristiche architettoniche dell'intero immobile (es. infissi esterni, lampade, rivestimenti ecc.) consentono di abbattere i consumi di energia").

Le impugnate corrispondenti clausole del Disciplinare di gara (art. 4.1 - "Offerta tecnica") contengono omologhe prescrizioni.

Orbene, i citati criteri di valutazione dell'offerta tecnica, di cui alle summenzionate gravate clausole della *lex specialis*, prevedono chiaramente prestazioni (non trascurabili) riguardanti l'intero edificio, sicchè non risultano finalizzate a valorizzare le migliorie al progetto posto a base d'asta (progetto relativo, invece, alla ristrutturazione - solo - di parte del fabbricato esistente), quanto - piuttosto - ad estendere gli interventi previsti nel progetto esecutivo anche alla restante porzione dell'immobile, ponendone (indebitamente) i relativi oneri economici a carico dei concorrenti, con sostanziale alterazione dei caratteri essenziali delle prestazioni richieste.

3.2 - Le parti ricorrenti si dolgono, poi, dell'illegittimità del paragrafo VI.3, lett. r) ("Atto unilaterale d'obbligo") del Bando di gara, nonché della pedissequa prescrizione di cui al par. 3.2.4 del Disciplinare di gara, per violazione dell'art. 41, comma 2-*bis*, del Decreto Legislativo n. 50/2016, nonché dell'art. 23 della Costituzione, laddove queste prevedono che <<L'Operatore Economico - in caso di aggiudicazione - si obbliga a pagare alla Centrale di Committenza "Asmel Consortile S. c. a r.l.", prima della stipula del contratto, il

corrispettivo dei servizi di committenza e di tutte le attività di gara non escluse dal comma 2-*bis* dell'art. 41 del D.lgs. n. 50/2016 dalla stessa fornite, una somma pari all'1% (uno per cento) oltre I.V.A., dell'importo complessivo posto a base di gara, corrispondente a euro 4.180,00 oltre I.V.A.>>.

3.2.1 - Al riguardo, è sufficiente (e dirimente) osservare che il corrispettivo a favore di Asmel Consortile S.c.a.r.l., quantificato in percentuale dell'importo complessivo a base di gara, è, sostanzialmente, posto a carico del partecipante (in caso di aggiudicazione) e non già della Stazione Appaltante: si veda, in particolare, l' "Atto unilaterale d'obbligo" (pure gravato), avente ad oggetto un'autonoma e distinta obbligazione, che il partecipante è tenuto ad assumere a pena di esclusione dalla gara, costituendo la stessa "elemento essenziale dell'offerta".

Tanto concreta, effettivamente - in assenza di espressa copertura legislativa specifica, la violazione dell'art. 23 della Costituzione, secondo cui *"Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge"*.

Risulta, altresì, violato l'art. 41, comma 2 *bis* del Decreto Legislativo n. 50/2016, inserito dall'art. 28, comma 1, del Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56, ai sensi del quale *"E' fatto divieto di porre a carico dei concorrenti, nonché dell'aggiudicatario, eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme di cui all'articolo 58"* (cioè alle *"piattaforme telematiche di negoziazione"*).

Infatti, come censurato dalle parti ricorrenti, dalla determinazione dirigenziale a contrarre n. 155 del 26 marzo 2019 del Comune di Lizzanello, si evince che:

- la documentazione di gara è stata predisposta dal solo Comune di Lizzanello (Stazione appaltante), senza il supporto di ASMEL (cfr. pag. 3, punto 3 della Determinazione, laddove testualmente – e specificamente - si legge che “il Comune di Lizzanello trasmette ad ASMEL consortile S.c.a r.l. gli allegati da inserirsi nella documentazione di gara a disposizione dei concorrenti, e contestualmente approva i seguenti atti di gara, predisposti dalla stessa Stazione Appaltante e manlevando ASMEL consortile S.c.a r.l. da ogni eventuale responsabilità riguardante gli stessi”);
- l’apporto di ASMEL si limita a “alla pubblicazione della procedura di gara, secondo le modalità indicate negli Atti di Gara” (punto 6), oltre che alla messa a disposizione e gestione della piattaforma telematica ASMECOMM.

Sicchè - nonostante quanto formalmente riportato nella relativa clausola del bando (secondo cui il corrispettivo in questione coprirebbe i “servizi di committenza” e “tutte le attività di gara non escluse dal comma 2-*bis* dell’art. 41 del D.Lgs. n. 50/2016 dalla stessa fornite”) l’apporto partecipativo di ASMEL alla procedura di gara (ulteriore rispetto alla messa a disposizione della piattaforma telematica) è minimo, e il corrispettivo imposto all’aggiudicatario in favore di ASMEL è, in effetti, destinato a coprire le spese di gestione della piattaforma, in violazione del menzionato art. 41, comma 2-*bis* del Decreto Legislativo n. 50/2016.

Peraltro, non risulta dimostrato in giudizio che ASMEL Consortile S. c. a r.l. (a differenza del Comune di Lizzanello - cfr. doc. n. 14, depositato dal Comune resistente in data 11 settembre 2019) sia iscritta all’Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti, sicchè non è in possesso dei requisiti di qualificazione richiesti per poter svolgere i

compiti di Centrale di Committenza Ausiliaria (art. 39 del Decreto Legislativo n. 50/2016) a favore del Comune di Lizzanello (si veda l'art. 216, comma 10 del Decreto Legislativo n. 50/2016, secondo cui *“Fino alla data di entrata in vigore del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti di cui all'articolo 38, i requisiti di qualificazione sono soddisfatti mediante l'iscrizione all'anagrafe di cui all'articolo 33-ter del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221”*).

4. - Per tutto quanto innanzi esposto, il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, va disposto l'annullamento degli impugnati atti.

5. - Le spese, *ex art. 91 c.p.c.*, seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna il Comune di Lizzanello e Asmel Consortile S.c. a r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, al pagamento delle spese del presente giudizio, liquidate in favore delle parti ricorrenti in complessivi euro 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre accessori di legge, a carico del Comune di Lizzanello (da ripartirsi in parti uguali in favore di ciascuno dei ricorrenti), nonché in ulteriori complessivi euro 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre accessori di legge, a carico di Asmel Consortile S.c. a r.l. (da ripartirsi in parti uguali in favore di ciascuno dei ricorrenti).

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

Così deciso in Lecce nella Camera di Consiglio del giorno 2 ottobre
2019 con l'intervento dei magistrati:

Enrico d'Arpe, Presidente

Maria Luisa Rotondano, Primo Referendario, Estensore

Anna Abbate, Referendario

L'ESTENSORE
Maria Luisa Rotondano

IL PRESIDENTE
Enrico d'Arpe

IL SEGRETARIO