



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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

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'Avv. Angelo Vantaggiato in Lecce, via 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;

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;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia:

- 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 anziani (art. 106 del Reg. n. 4 del 18-1-2007)”, con specifico riferimento a:

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 dell'Ufficio Tecnico - Settore Lavori Pubblici 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 della Società Asmel Consortile S.c.a.r.l.;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore nella Camera di Consiglio del giorno 28 maggio 2019 la dott.ssa Maria Luisa Rotondano e uditi per le parti l'Avv.to Vagnucci, l'Avv.to Marchello e l'Avv.to Pinto;

Rilevato, ad una sommaria delibazione propria della presente fase cautelare del giudizio, che il ricorso appare fondato, poichè:

- “*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 impugnate 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;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza accoglie l'istanza cautelare, di cui in epigrafe, e, per l'effetto, sospende l'efficacia degli atti impugnati.

Fissa per la trattazione di merito del ricorso l'udienza pubblica del 2 ottobre 2019.

Compensa le spese della presente fase cautelare del giudizio.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la Segreteria del Tribunale, che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Lecce nella Camera di Consiglio del giorno 28 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Enrico d'Arpe, Presidente

Maria Luisa Rotondano, Primo Referendario, Estensore

Massimo Baraldi, Referendario

L'ESTENSORE
Maria Luisa Rotondano

IL PRESIDENTE
Enrico d'Arpe

IL SEGRETARIO