ASMEL e divieto di prestazioni aggiuntive: importante pronuncia del TAR Lecce

20 Giugno 2019

Con ordinanza n. 328 del 29/05/2019 il TAR Lecce ha accolto l'istanza di sospensione cautelare presentata, tra gli altri, da ANCE ed ANCE Lecce avverso gli atti della procedura di gara indetta dal Comune di Lizzanello (LE) 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)*".

Il Tribunale salentino ha anzitutto ritenuto illegittime le clausole del bando che prevedevano, nell'ambito dell'OEPV, l'attribuzione di punteggio in ragione dell'offerta di lavori aggiuntivi rispetto al progetto posto a base d'asta.

Il Collegio, in particolare, ha chiarito che la richiesta tesa "*ad estendere gli interventi previsti nel progetto esecutivo"* è da ritenersi illegittima in quanto non è finalizzata a valorizzare le migliorie al progetto posto a base d'asta, bensì ad estendere gli interventi previsti nel progetto esecutivo anche alla restante porzione dell'edificio, ponendo indebitamente a carico dei concorrentiil relativo onere economico, producendo così " *...una sostanziale alterazione dei caratteri essenziali delle prestazioni richieste*".

Si tratta di un principio molto rilevante, che conferma quanto affermato dall'ANAC, nell'ambito di alcuni precontenziosi presentati da ANCE Nazionale, nonché dalla giurisprudenza maggioritaria (vedi, *ex multis*, ANAC, delibere n. 1043 del 14 novembre 2018 e n. 1075 del 21 novembre 2018; vedi anche Cons. Stato, parere Commissione speciale n. 966 del 13 aprile 2018; TAR Veneto, I, sentenza 01/02/2018, n. 105; TAR Umbria, I, sentenza 08/11/2018, n. 581).

Altra questione ha riguardato la clausola che prevedeva, a carico dell'aggiudicatario, il pagamentodi una somma pari all'1% dell'importo complessivo posto a base di gara a titolo di corrispettivo per i servizi di committenza dalla Centrale di Committenza "Asmel Consortile S.c.a.r.l.".

In proposito, va ricordato che il Codice dei contratti pubblici dispone che le stazioni appaltanti possano convenzionarsi con piattaforme di *e-procurement* che offrono tale servizio sul mercato. Peraltro, al fine di promuovere un più ampio ricorso agli affidamenti telematici, nonché per contenere la spesa pubblica e i costi di partecipazione degli operatori economici, il legislatore del Codice ha previsto espressamente, all'articolo 41 comma 2-*bis*, il divieto di porre a carico dei concorrenti, nonché dell'aggiudicatario, eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme di cui all'articolo 58.

Ciò premesso, il TAR Lecce ha rilevato l'illegittimità della clausola in esame in quanto in violazione sia del cennato art. 41, comma 2-*bis*, sia dell'art. 23 della Costituzione, secondo il quale ogni prestazione patrimoniale imposta deve trovare il proprio fondamento nel dettato legislativo.

Ad avviso del Collegio, peraltro, "*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*".

Anche tale statuizione appare di grande importanza.

Al riguardo, l'ANCE aveva già avuto modo di segnalare la problematica in questione all'ANAC, sia in sede di precontenzioso, che in sede consultiva (confronta News ANCE ID 36309 dell'11 giugno 2019).

L'Autorità, invero, ha sempre accolto le censure evidenziate, stigmatizzando la prassi, perpetuata da alcune amministrazioni aggiudicatrici, di porre a carico dei soggetti privati i costi di gestione della procedura, quantificati in misura percentuale predeterminata e concernenti l'organizzazione di una funzione amministrativa, normalmente gravante sulla stazione appaltante (vedi, tra le tante, delibera del 28/11/2018, n. 1123 e atto di segnalazione al Governo n. 3 del 25/02/2015).

Da ultimo, si evidenzia che è stata nuovamente **riconosciuta la piena legittimazione ad agire in capo alle due associazioni ricorrenti.**

Per il Collegio, infatti, "*l'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*", con l'aggiunta che "*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, sicché appare da ripudiare in forza del c.d. metodo apagogico*".

Tale pronuncia è di estremo rilievo, poiché riafferma la piena capacità processuale dell'ANCE, senza che la contestuale presenza, nel procedimento di gara impugnato, di altre imprese, rappresenti un motivo ostativo al ricorso.

36376-Ordinanza Tar Lecce n. 328_2019.pdfApri