Illegittimità dei costi di gestione delle gare telematiche ASMEL: il TAR pubblica le motivazioni

5 Novembre 2019

Il TAR Lecce, il 31 ottobre u.s., ha pubblicato la sentenza integrale (n. 1664/2019) relativa al ricorso **promosso da ANCE ed ANCE Lecce** (insieme a due imprese associate) con il quale sono stati impugnati gli atti di una procedura di gara indetta dal Comune di Lizzanello (LE), gestita dalla **centrale di committenza ASMEL S.c.a.r.l. e svolto sulla piattaforma di *e-procurement* appartenente a quest'ultima, Asmecomm.**

La pronuncia segue la pubblicazione del dispositivo, avvenuta lo scorso 4 ottobre (vedi **NEWS ANCE ID 37309 dell'8 OTTOBRE 2019**).

Con il provvedimento in commento, il Giudice amministrativo di prime cure ha reso note le motivazioni che hanno indotto ad accogliere integralmente le richieste avanzate da ANCE ed ANCE Lecce nell'atto di ricorso, ossia di dichiarare l'illegittimità:

1. delle clausole del bando che, nell'ambito dell'OEPV, hanno previsto l'attribuzione di punteggio in ragione dell'offerta di **lavori aggiuntivi** rispetto al progetto posto a base d'asta;
2. della clausola che ha posto, a carico dell'aggiudicatario, il pagamento di 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.".

All'esito del procedimento giurisdizionale, **il TAR ha annullato gli atti di gara impugnati**, nel solco di quanto già disposto dallo stesso con l'**ordinanza cautelare n. 328/2019** (vedi **NEWS ANCE ID 36376 DEL 20 GIUGNO 2019**), poi **confermata in sede di appello cautelare dall'ordinanza n. 3810/2019 del Consiglio di Stato** (vedi **ID 36865 DEL 2 AGOSTO 2019**). Ora, con la pubblicazione del provvedimento qui in commento è possibile delineare anche l'*iter* motivazionale seguito dal Giudice amministrativo territoriale.

Preliminarmente, **il TAR ha riconosciuto la piena legittimazione ad agire in capo ad ANCE** (e ad ANCE Lecce, co-ricorrente**) a tutela delle imprese appartenenti alla categoria**, sancendo che "*la proposizione dell'impugnativa de qua* (...) *risulta, in primo luogo, coerente con l'interesse istituzionale (collettivo) proprio* (...) *di tale Associazione di categoria, essendo preordinata ad evitare che oneri (assunti come) indebiti* (...) *siano posti a carico degli operatori economici del settore*".

Peraltro, ad avviso del Collegio, non appare integrare alcun "*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:

a. da un lato, è indubbio che sia di comune e generale interesse della totalità degli operatori economici associati (e non soltanto di alcuni di essi) che i predetti oneri non siano posti a loro carico, ma che restino, invece, addossati alla Stazione appaltante che bandisce la gara;
b. dall'altro lato, una lettura in senso opposto comporterebbe che la legittimazione attiva di ANCE (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"*.

Parallelamente, il TAR ha rilevato che **ASMEL non è iscritta all'Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti**, e non è, quindi, in possesso dei requisiti di qualificazione richiesti per poter svolgere i compiti di Centrale di Committenza Ausiliaria (*ex* art. 39 del Codice dei contratti pubblici) a favore del Comune di Lizzanello.

Quanto al merito del ricorso, poi, il Collegio pugliese **ha ritenuto illegittimi i criteri di valutazione dell'offerta tecnica previsti dal Bando e dal Disciplinare di gara, dal momento che prevedono prestazioni riguardanti l'intero edificio oggetto dell'intervento**. Infatti – a fronte di un progetto a base d'asta relativo alla ristrutturazione soltanto di una parte del fabbricato – **tali criteri non risultano finalizzati a valorizzare le migliorie al progetto posto a base d'asta**; piuttosto, mirano ad estendere gli interventi previsti nel progetto esecutivo anche alla restante porzione dell'edificio.

L'effetto, ad opinione del TAR leccese, è quello di porre indebitamente a carico dei concorrenti il relativo onere economico, "*con* ***sostanziale alterazione dei caratteri essenziali delle prestazioni richieste***".

Successivamente, **i Giudici amministrativi hanno dichiarato l'illegittimità della clausola del Bando di gara relativa all'obbligo di rimborso per i servizi di committenza, nonché dell'Atto unilaterale d'obbligo ad esso allegato**. Con la sottoscrizione di quest'ultimo (espressamente qualificato, nel Bando, come "*elemento essenziale dell'offerta*") ciascun concorrente è tenuto ad obbligarsi – in caso di aggiudicazione e a pena di esclusione dalla gara – a versare ad ASMEL una somma pari all'1% dell'importo posto a base di gara (più IVA), a titolo di "*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*".

Nello specifico, il TAR pugliese ha motivato tale sanzione:

I. alla luce della **violazione dell'art. 23 della Costituzione**, in base al quale "*Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge*". Tale principio legittimerebbe la rifusione delle spese di gestione a carico degli operatori economici soltanto quando ammessa in casi tassativi, espressamente previsti da leggi. Una simile norma di copertura, tuttavia, nel caso di specie manca completamente;
II. in quanto l'**addebito in parola contrasta espressamente con l'art. 41, comma 2 *bis*, del Codice dei contratti pubblici**, ai sensi del quale "***È 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").

Inoltre, il TAR adito ha altresì rilevato che, nel caso in esame, la documentazione di gara è stata predisposta dalla sola Stazione appaltante, senza il supporto di ASMEL, la quale si sarebbe limitata alla pubblicazione della procedura di gara, oltre alla messa a disposizione e gestione della piattaforma telematica, Asmecomm. Da ciò, a parere del Collegio, ne sarebbe conseguito che "***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*".

Le motivazioni avanzate dal TAR pugliese, quindi, rispecchiano pienamente quanto da sempre sostenuto da ANCE in merito sia alla rilevanza delle opere/prestazioni aggiuntive rispetto a quelle previste nel progetto a base di gara, sia all'addebito dei costi di gestione delle gare telematiche posto in capo agli aggiudicatari. In particolare, con riferimento a quest'ultima tematica l'Associazione, in questi ultimi anni, non ha mai smesso di sottoporre al vaglio delle istituzioni e dell'ANAC i propri dubbi di legittimità, trovando spesso riscontri positivi.

In relazione alla vicenda cautelare, peraltro, l'ANCE ha provveduto a querelare ASMEL, per aver diffuso dichiarazioni lesive della reputazione dell'Associazione, tanto gravi quanto infondate.

Stante il dispositivo della sentenza, ne consegue ragionevolmente che analoghe clausole presenti in altri bandi di gara siano da ritenersi illegittime e debbano essere disapplicate, in virtù dei principi di buon andamento e di legalità dell'azione amministrativa.

Riferimenti esterni:

- **TAR Puglia – Lecce, Sez. III, sentenza 31 ottobre 2019, n. 1664.**

37574-Sentenza TAR Lecce -ASMEL.pdfApri