

Pubblicato il 19/05/2020

N. 03173/2020REG.PROV.COLL.
N. 09603/2019 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 9603 del 2019,
proposto da

Comune di Lizzanello, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso
dall'avvocato Francesco Marchello, con domicilio digitale p.e.c. da registri di
giustizia;

contro

Associazione Nazionale Costruttori Edili - ANCE, in persona del presidente
e legale rappresentante *pro tempore*, Associazione Nazionale Costruzioni Edili
– ANCE Lecce, in persona del presidente e legale rappresentante *pro tempore*,
Lecci Costruzioni s.r.l. e Troso Costruzioni s.r.l., in persona dei rispettivi legali
rappresentanti *pro tempore*, tutti rappresentati e difesi dagli avvocati Arturo
Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio eletto presso lo Studio Cancrini
e Partners, in Roma, piazza San Bernardo, 101;

nei confronti

Asmel Consortile s.c. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Ferdinando Pinto, con domicilio eletto

presso lo studio dell'avvocato Bruno Sassani in Roma, via XX Settembre, 3;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia - sezione staccata di Lecce (sezione terza) n. 1664/2019, resa tra le parti, concernente la procedura di affidamento indetta dal Comune di Lizzanello per l'appalto dei lavori di ristrutturazione di parte di un fabbricato esistente, ubicato nella frazione di Merine, da destinare a centro aperto polivalente per anziani;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Associazione Nazionale Costruttori Edili – ANCE, dell'Associazione Nazionale Costruzioni Edili – ANCE Lecce, della Lecci Costruzioni s.r.l. e della Troso Costruzioni s.r.l.;

Visto l'appello incidentale della Asmel consortile s.c. a r.l.;

Viste le memorie tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, Cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 maggio 2020, tenuta ai sensi dell'art. 84, commi 5 e 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, il consigliere Fabio Franconiero;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso collettivo al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia – sezione staccata di Lecce l'Associazione nazionale dei costruttori edili - A.N.C.E., la sezione di Lecce della medesima associazione, e le società Lecci Costruzioni & Co. s.r.l. e Troso Costruzioni s.r.l. impugnavano per quanto di interesse il bando e il disciplinare di gara, l'allegato atto unilaterale d'obbligo, della procedura di affidamento in appalto indetta dal Comune di Lizzanello (con determinazione a contrarre n. 155 del 26 marzo 2019) dei lavori di *«ristrutturazione di parte di fabbricato esistente ubicato nella Frazione di Merine da destinare a Centro aperto polivalente per anziani»*.

2. I ricorrenti contestavano la legittimità:

- dei criteri di valutazione delle offerte tecniche, perché diretti a valorizzare prestazioni aggiuntive di ristrutturazione relative all'intero fabbricato, e dunque anche alle parti non interessate dalla porzione destinata a centro per anziani, in violazione dell'art. 95, comma 6, del codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), secondo cui i criteri di aggiudicazione devono essere *«pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto»*, ed in modo da rendere l'appalto eccessivamente oneroso, con aumento dei costi stimato nel 34% della base d'asta, e pertanto non conveniente;

- del *«corrispettivo dei servizi di committenza e di tutte le attività di gara»* previsto a carico dell'aggiudicatario ed favore dell'Asmel consortile s.c. a r.l., pari all'1% della base d'asta (€ 4.180), per l'utilizzo della piattaforma informatica attraverso cui la gara medesima è stata gestita (denominata "Asmecom"), in violazione del divieto previsto dall'art. 41, comma 2-bis, del Codice dei contratti pubblici di porre a carico dei concorrenti *«eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme di cui all'articolo 58»*.

3. Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo adito, accertata la legittimazione ad agire di tutti i ricorrenti, ne accoglieva nel merito le censure.

4. La sentenza è appellata dal Comune di Lizzanello e dalla Asmel Consortile rispettivamente in via principale e incidentale.

5. Gli originari ricorrenti si sono costituiti in resistenza.

DIRITTO

1. Con il primo motivo dell'appello principale del Comune di Lizzanello è contestata la legittimazione ad agire degli operatori economici ricorrenti, Lecci Costruzioni & Co. e Troso Costruzioni, rispetto ad una gara alla quale - si sottolinea - non hanno partecipato, ed in relazione ai quali criteri di aggiudicazione le stesse società non hanno dedotto il carattere escludente, nel senso dell'impossibilità di formulare un'offerta economicamente conveniente, come invece richiesto dalla costante giurisprudenza amministrativa (da ultimo dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nella sentenza del 26

aprile 2018, n. 4). Secondo il Comune di Lizzanello solo con la memoria del 25 maggio 2019, in replica alla eccezione di carenza di legittimazione e di interesse al ricorso, le imprese ricorrenti hanno sostenuto che il presunto *«maggiore onere per il concorrente di almeno € 140.000,00 (pari al 34% della base d'asta)»* avrebbe reso *«il rapporto contrattuale oggettivamente oneroso e non conveniente»*, in contraddizione tuttavia con l'affermazione contenuta nella medesima memoria secondo cui anche considerando l'importo di € 4.180 del corrispettivo dei servizi di committenza a favore di Asmel Consortile, avrebbe consentito comunque un *«ristretto utile ritraibile (vieppiù considerate le caratteristiche dei criteri premiali)»*.

2. Nella medesima prospettiva censoria si pone anche l'Asmel Consortile nel proprio appello incidentale. Per quest'ultima la sentenza avrebbe erroneamente supposto che il contributo a proprio favore e i criteri di aggiudicazione avrebbero impedito la partecipazione alla procedura di affidamento – ipotesi tuttavia nemmeno affermata dalle imprese ricorrenti smentita dalla presentazione in essa di due offerte da parte di altri due operatori del settore.

3. Con il secondo motivo dell'appello principale il Comune di Lizzanello contesta la legittimazione ad agire dell'ANCE e della sua articolazione territoriale leccese, per assenza di alcuna lesione diretta dello scopo istituzionale dell'ente esponenziale dei costruttori edili. Per l'amministrazione appellante la carenza di legittimazione ad agire degli enti collettivi si desumerebbe dal fatto che le contestazioni nei confronti del contributo previsto a favore dell'Asmel Consortile si traducono in una lesione dell'interesse del singolo operatore economico. L'interesse azionato nel presente giudizio non sarebbe quello pertanto collettivo trascendente il singolo ed imputabile all'ente esponenziale, ma quello risultante dalla sommatoria degli interessi individuali di questi ultimi. Lo stesso interesse – aggiunge l'amministrazione comunale – non potrebbe comunque trovare soddisfazione con l'eventuale annullamento del bando di gara impugnato,

perché il giudicato non potrebbe estendersi ad altre procedure di affidamento gestita da Asmel Consortile.

4. Per il Comune di Lizzanello la sentenza avrebbe errato anche nel non riconoscere una situazione di conflitto di interessi ostativo dalla legittimazione ad agire dell'ANCE, ricavabile dal fatto che alla procedura di gara impugnata hanno partecipato due imprese edili.

5. Censure di analogo tenore sono svolte dalla Asmel Consortile, la quale contesta che l'associazione di categoria dei costruttori edili sia legittimata a contestare la convenienza economica del singolo appalto di lavori pubblici. La tesi opposta affermata nella sentenza di primo grado avrebbe ammesso una sostituzione processuale ex art. 81 Cod. proc. civ. dell'ente collettivo rispetto al singolo operatore economico ed un'estensione indiscriminata dell'interesse facente capo al primo anche in situazione di conflitto di interessi con alcuni operatori economici facenti parte della categoria rappresentata, come nel caso di specie.

6. L'Asmel Consortile ripropone inoltre l'eccezione di inammissibilità del ricorso collettivo di primo grado, inficiato da indeterminatezza e contraddittorietà del *petitum* di annullamento in esso svolto, diretto da un lato a clausole in ipotesi considerate escludenti, ovvero quelle relative ai criteri di aggiudicazione, e dall'altro lato di quella relativa al contributo a favore di essa appellante incidentale ed a carico dell'aggiudicataria, la quale presuppone invece la validità della normativa speciale di gara.

7. Le censure così sintetizzate sono fondate ed assorbenti rispetto a quelle di merito pure riproposte negli appelli principale e incidentale.

8. Sulla questione della legittimazione degli enti collettivi ad agire nel giudizio di impugnazione davanti agli organi della giurisdizione amministrativa si è pronunciata l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato con la sentenza del 20 febbraio 2020, n. 6.

Per quanto di interesse nel presente giudizio, la sentenza ora richiamata ha affermato che:

- la legittimazione delle associazioni e degli enti a tutela degli interessi collettivi ad agire nel giudizio amministrativo venne riconosciuta dalla giurisprudenza per assicurare la protezione *«degli interessi “diffusi”, ossia adesposti»*, nascenti dall’emergere di bisogni non riferibili al singolo (ad esempio in tema di ambiente) e rispetto ai quali quest’ultimo non possa dunque vantare un interesse differenziato azionabile in giudizio (§ 2.1 della parte “in diritto”);
- attraverso questa ricostruzione, di *«collettivizzazione dell’interesse diffuso»*, l’ente esponenziale è considerato titolare di interesse legittimo di natura collettiva a lui imputabile; si assiste in altri termini all’*«entificazione»* dell’interesse adesposta, altrimenti riferibile *«ad una collettività, a una categoria più o meno ampia di soggetti o in generale a una formazione sociale, senza alcuna differenziazione tra i singoli che quella collettività o categoria compongono, e ciò in ragione del carattere sociale e non esclusivo del godimento o dell’utilità che dal bene materiale o immateriale, a quell’interesse correlato, i singoli possono trarre»* (§ 4)
- l’interesse diffuso è un interesse sostanziale che *«eccede la sfera dei singoli per assumere una connotazione condivisa e non esclusiva, quale interesse di “tutti” in relazione ad un bene dal cui godimento individuale nessuno può essere escluso, ed il cui godimento non esclude quello di tutti gli altri»*, mentre l’interesse individuale del singolo *«inteso quale componente individuale del più ampio interesse diffuso»*, non è tutelabile in giudizio perché non *«suscettibile di appropriazione individuale»* (§ 6.1);
- l’interesse collettivo di cui l’ente esponenziale è titolare è dunque quello proprio, *«quale sintesi e non sommatoria dell’interesse di tutti gli appartenenti alla collettività o alla categoria»*, e solo da esso azionabile in giudizio, per cui in ciò non è ravvisabile alcuna deroga al divieto di sostituzione processuale previsto dall’art. 81 Cod. proc. civ. (§ 6.2);
- in relazione alla singola vicenda contenziosa può darsi l’ipotesi di contemporanea presenza di interessi collettivi e di concorrenti interessi individuali coinvolti dall’esercizio del pubblico potere, nella quale la tutela dei

primi non necessariamente si riflette in un materiale ed effettivo vantaggio per tutti i singoli componenti della comunità o della categoria;

- quando vi sia compresenza di interessi collettivi in capo all'ente associativo e di interessi individuali concorrenti, autonomamente azionabili, è necessario accertare in giudizio che l'ente esponenziale *«non stia affiancandosi alle posizioni individuali di più soggetti nella difesa di un interesse che resta individuale pur se plurisoggettivo – il che potrebbe al più sorreggere una legittimazione al mero intervento – e che stia facendo valere un interesse proprio, di natura collettiva che può ben coesistere con più posizioni individuali»* (§ 10.2);

- nell'accertare l'esistenza nella controversia di un interesse collettivo deve aversi riguardo al fatto che questo è *«una “derivazione” dell'interesse diffuso per sua natura adespota»* e non una *«posizione parallela” di un interesse legittimo comunque ascrivibile anche in capo ai singoli componenti della collettività»*; ed è riferito a beni *«a fruizione collettiva e non esclusiva»*, la cui *«diversità “ontologica” (...) rispetto a quello individuale»* porta ad escludere la necessità di verificare se tra essi vi sia omogeneità (*ibidem*);

- il requisito dell'omogeneità è infatti proprio del solo *«interesse diffuso nella comunità o categoria rappresentata»* e non anche degli interessi legittimi individuali (ancora § 10.2);

- per le medesime ragioni, non è inoltre 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»*: 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»* (§ 10.3);

9. Secondo quanto affermato da detta sentenza, l'interesse collettivo è dunque distinto in termini sostanziali da quello individuale, sebbene nella singola vicenda connessa all'esercizio del potere pubblico possa essere leso al pari di questo. La distinzione sta nel fatto di riferirsi a beni e utilità non appropriabili dal singolo, e senza che un singolo si trovi – rispetto a quei beni - in posizione differenziata rispetto al *quisque de populo*: perciò questo interesse è chiamato

interesse adespota. L'interesse collettivo nasce dalla possibilità di imputazione della sua cura a figure collettive, in pratica a un ente che sia effettivamente esponenziale di quella collettività nei termini in cui assuma come propria questa categoria di beni e utilità. Se per contro quei beni o utilità fossero appropriabili, potrebbero riferirsi al patrimonio di un singolo, o di alcuni singoli, e dunque rimanere affidati alla sua, o loro, cura esclusiva, senza necessità che per poter realizzare in giudizio quella stessa cura si debba far luogo a una figura soggettiva apposita.

10. Rispetto al risalente paradigma ora descritto, l'evoluzione della giurisprudenza ha di recente riconosciuto la legittimazione ad agire in giudizio di enti collettivi rappresentativi di interessi omogenei pur in astratto riferibili a singoli, ma di cui questi risultano inconsapevoli o per cui appaiono disinteressati (anche in ragione dello scarso rilievo che vi attribuiscono), o per i quali solo l'aggregazione convergente di più individui consente una tutela adeguata ed efficace.

Un settore interessato dal fenomeno è quello dei servizi e attività di investimento, connotato, secondo quanto rilevato dalla detta sentenza, dai connotati *«della disparità di forza contrattuale, dell'asimmetria informativa, dell'abuso di posizione dominante»*: elementi che stanno alla base dell'emersione di associazioni rappresentative di utenti, che uniscono nella tutela le iniziative individuali, e degli enti collettivi espressamente formati per tutelare interessi di categoria.

La sentenza dell'Adunanza plenaria ha nondimeno dato conto della possibilità che in simili ipotesi la collettivizzazione dell'interesse diffuso e la sua imputazione ad un ente esponenziale distinto dal singolo possano portare al rischio di conflitti o più in radice, a rilevare che l'ente esponenziale *«si sta affiancando alle posizioni individuali di più soggetti nella difesa di un interesse che resta individuale pur se plurisoggettivo»* (§ 10.2, sopra citato): dal che la necessità di accertare – evidentemente, di volta in volta - se si possa in effetti configurare un interesse autenticamente collettivo distinto da quelli individuali.

11. In coerenza con la sentenza dell'Adunanza plenaria si può dunque considerare che la riscontrata esistenza di un conflitto, attuale o potenziale, tra il singolo e l'ente collettivo può essere indice del carattere non collettivo dell'interesse e della circostanza che lo stesso ente che si assume come collettivo in realtà agisce in sostituzione di altri appartenenti alla categoria, contro il divieto di sostituzione processuale dell'art. 81 Cod. proc. civ., oltre che nel detto conflitto. Il che comunque avviene – come precisa la sentenza - quando ad un interesse diffuso presso la categoria se ne contrapponga, simmetricamente, un altro di segno opposto ma eguali caratteristiche in termini di imputazione sostanziale; o ancora quando l'ente collettivo semplicemente pretenda di sostituirsi al singolo appartenente alla categoria medesima.

12. Tutto ciò premesso, l'indagine sull'esistenza di un interesse diffuso e non riferibile al singolo, che quanto rilevato dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 6 del 2020 porta a svolgere in ipotesi di loro coesistenza in giudizio, conduce qui a conclusioni negative. Rispetto all'impugnazione del bando di gara del Comune di Lizzanello, nel presente giudizio si rientra infatti nell'ipotesi da ultimo prospettata, ovvero dell'assenza di un interesse adespota che possa ritenersi imputabile all'ente collettivo.

13. Occorre muovere dal fatto che la sentenza di primo grado bene ha rilevato l'interesse che ha mosso i soggetti ricorrenti a contestare le clausole relative al contributo a favore di Asmel Consortile e ai criteri di valutazione delle offerte tecniche: cioè nel *«contestare l'eccessiva onerosità e l'obiettiva non convenienza del rapporto contrattuale»*. Nella sua non contestata riferibilità alle imprese di costruzioni, *uti singuli*, la sentenza nondimeno lo ha ritenuto anche *«coerente con l'interesse istituzionale (collettivo) proprio (non già semplice sommatoria degli interessi dei singoli associati)»* dell'ente di categoria, l'ANCE, in considerazione della sua caratteristica di ente preposto alla tutela degli interessi della categoria delle imprese di costruzione *«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».

Secondo l'appellata sentenza l'interesse di cui l'ANCE è portatrice si estende per un verso fino all'adozione di iniziative in giudizio quali l'impugnazione di un bando di gara in cui siano in tesi previsti «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) (...) posti a carico degli operatori economici del settore»; e per altro verso non si pone in conflitto con l'identico interesse individuale della singola impresa di costruzioni, desumibile dalla «semplice partecipazione alla selezione de qua di - sole - due imprese». La sentenza ha affermato che è «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 - sicché 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»; ed inoltre che in caso contrario «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)».

14. Il ragionamento della sentenza non è condivisibile.

15. Innanzitutto, in base a quanto afferma la ricordata recente sentenza dell'Adunanza plenaria, un semplice rapporto di coerenza tra l'interesse individuale e quello fatto valere dall'ente collettivo non basta per configurare un interesse per sua natura imputabile anche a quest'ultimo. E' invece necessario che vi sia comunque un interesse qualificabile come adespota, cioè non appropriabile dal singolo, ma diffuso presso i soggetti che compongono la collettività, e che solo attraverso la sua aggregazione in capo a un ente esponenziale possa emergere come autentico interesse legittimo e su quel

sostrato si possa azionare una sua tutela, anche in giudizio, altrimenti non praticabile da alcuno. Invece, dal riferito rapporto di coerenza si può al più ricavare una legittimazione all'intervento adesivo dell'ente collettivo, ma non una primaria legittimazione dell'ente collettivo a impugnare atti amministrativi che restano lesivi di interessi legittimi individuali.

E' inoltre necessario che l'azione dell'ente collettivo non si ponga in conflitto con gli interessi dei singoli appartenenti alla categoria, dunque che non assuma i caratteri di un'azione svolta in sostituzione ex art. 81 Cod. proc. civ. dell'omogeneo interesse individuale di altri appartenenti alla stessa; ed è necessario che l'esistenza di situazioni di conflitto non denoti l'assenza in radice di un interesse diffuso presso la categoria.

16. Ebbene, nel caso di specie nell'interesse a contestare l'eccessiva onerosità di un contratto pubblico, a causa di clausole del bando di gara in grado di porre a carico dell'operatore economico oneri aggiuntivi e non pertinenti con l'oggetto dei lavori da affidare o contributi per servizi di committenza contrari alla legge, non sono ravvisabili le caratteristiche di tale interesse diffuso. L'interesse alla convenienza economica di un contratto è infatti riferibile al singolo operatore e di esso non è data una dimensione collettiva ulteriore alla sfera di quest'ultimo. Si tratta più precisamente di un interesse individuale, strettamente inerente a quello di lucro proprio dell'impresa, rimesso a valutazioni soggettive di questa *uti singulus*, e che la stessa è già da sola titolata a chiederne in giudizio la tutela.

Un'ipotetica contemporanea azione dell'ente di categoria, come quella di cui qui si fa questione, viene invece a sovrapporsi a questa valutazione individuale. In questo modo l'ente collettivo assume in proprio, cioè su di sé, la cura dell'interesse individuale alla convenienza economica del contratto d'appalto, che però esso non va ad eseguire e per il quale perciò non svolge un'autonoma e responsabile valutazione dei mezzi e del rischio in ordine alla possibilità di ricavarne un utile.

In ciò si manifesta la sostanza del conflitto con l'interesse del singolo, il che è indice dell'assenza di un interesse adespota e riferibile alla sola categoria unitariamente considerata. Di quanto ora affermato è dimostrazione il caso oggetto del presente giudizio, in cui alla procedura di gara in contestazione hanno partecipato due imprese.

17. Contro questo possibile rilievo la sentenza di primo grado ha considerato la circostanza come un fatto contingente, anziché sintomatico di un interesse che in realtà è di suo variamente apprezzabile a livello individuale e non è riferibile in termini autonomi, indistinti ed omogenei nell'ambito collettivo. Nella stessa errata prospettiva si collocano le difese in appello degli originari ricorrenti, allorché essi sono costretti a supporre, senza darne prova, che le offerte presentate dalle imprese partecipanti alla gara non sarebbero remunerative e sarebbero state presentate solo per ottenere comunque l'appalto sulla base di un calcolo opportunistico «*(ad es. per avvantaggiarsi proprio dell'assenza di altri competitors o per la disperata necessità di acquisire commesse a qualunque costo)*» (pag. 14 e 15 della memoria difensiva depositata il 16 dicembre 2019).

18. Ancora, con petizione di principio la sentenza di primo grado afferma l'antieconomicità dell'appalto per effetto delle clausole impugnate dagli originari ricorrenti, e che la sola partecipazione alla gara di due concorrenti non potrebbe impedire l'azione in giudizio dell'ente collettivo, così dando per dimostrato ciò che avrebbe dovuto essere dimostrato: ovvero che le clausole in questione non consentirebbero un'offerta remunerativa; e che vi sia un interesse riferibile all'ente collettivo distinto da quello del singolo appartenente alla categoria rappresentata e non derivante invece dalla mera sommatoria di essi.

19. Per concludere va quindi affermato che l'Associazione nazionale dei costruttori edili (ANCE) non è titolata ad impugnare le clausole del bando di gara relative ai criteri della valutazione delle offerte e del corrispettivo posto a carico dell'aggiudicatario per i servizi di committenza svolti da Asmel

Consortile, nella misura in cui suppone che dalla loro combinata applicazione l'appalto di lavori indetto dal Comune di Lizzanello non sarebbe remunerativo per il singolo operatore economico.

Si tratta infatti di interessi riferibili alla singola impresa, che solo la stessa è pertanto legittimata *uti singulus* a fare valere in giudizio.

20. Esclusa la legittimazione ad agire dell'ANCE e della sua articolazione locale di Lecce, alle stesse conclusioni deve giungersi per gli altri due ricorrenti, ovvero le società di costruzioni Lecci e Troso.

Nel caso di queste ultime la carenza di titolo per impugnare il bando di gara deriva dalla loro non partecipazione ad essa. In mancanza di partecipazione si ammette l'operatore economico ad agire in giudizio solo se il bando di gara contenga clausole escludenti (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4, 25 febbraio 2014, n. 9; 7 aprile 2011, n. 4).

21. Tra le clausole escludenti non possono essere comprese quelle concernenti i criteri di valutazione delle offerte.

Per quanto i criteri di valutazione possano non essere «*connessi all'oggetto dell'appalto*», ai sensi dell'art. 95, comma 6, del Codice dei contratti pubblici, e determinare un eccessivo squilibrio economico del contratto in danno dell'aggiudicatario, come suppongono i ricorrenti, nondimeno non sono di impedimento a presentare una domanda di partecipazione alla gara e a formulare in essa un'offerta.

La lesività dei criteri potrà invece manifestarsi solo all'esito della selezione delle offerte, se e nella misura in cui la gara sia aggiudicata ad un concorrente che abbia presentato un'offerta non remunerativa e che nondimeno sia risultata quella di maggior pregio tecnico in base ai criteri di selezione previsti, con correlato pregiudizio per il concorrente che invece per conseguire un margine positivo abbia limitato i lavori alla sola porzione dell'edificio da destinare a centro polivalente per anziani, e sia stata così svalutata sul piano tecnico. Prima dell'applicazione dei criteri di aggiudicazione non si produce

alcuna effettiva lesione per il singolo operatore interessato ad ottenere l'appalto di lavori.

22. Del resto, poiché secondo gli originari ricorrenti i criteri di valutazione delle offerte tecniche predisposti dal Comune di Lizzanello premiano il concorrente disposto ad accollarsi costi aggiuntivi di ristrutturazione estesi «*all'intero edificio*» (così i criteri contestati), anche per le parti non interessate dalla porzione destinata a centro per anziani – costi dai medesimi ricorrenti stimati nel 34% della base d'asta – deve logicamente supporre che per compensare questo maggior onere il medesimo operatore sia indotto ad offrire un prezzo maggiore, fonte per lui di penalizzazione sul piano dell'offerta economica. Ora, è vero che nel caso di specie per quest'ultima la normativa di gara prevede solo 10 punti contro i 90 dell'offerta tecnica e che dunque la ponderazione tra i due elementi è intesa a dare massimo rilievo ai lavori sull'intero fabbricato comunale. Ma dalle considerazioni finora svolte risulta dimostrato che prima dell'applicazione dei criteri di valutazione e della conseguente formazione della graduatoria, derivante dalla combinazione dei punteggi per l'offerta tecnica con quello per l'offerta economica, e la conseguente aggiudicazione al concorrente primo classificato, non è possibile configurare alcuna lesione che renda attuale l'onere di agire in giudizio già al momento della predisposizione del bando di gara.

23. Anche per quanto riguarda il corrispettivo a favore dell'Asmel Consortile per i servizi di committenza da questo prestati, la non partecipazione alla gara delle imprese di costruzioni ricorrenti è decisiva per negarne la legittimazione a contestarne in giudizio la conformità alla legge.

Per espressa e convergente previsione di bando e disciplinare di gara [rispettivamente: § VI.3, lettera r), e § 3.2.4] il corrispettivo è infatti posto a carico del solo aggiudicatario. Ne consegue che anche in questo caso è solo all'esito della procedura di gara che si può ritenere concretizzata la lesione da esso derivante.

24. Le conclusioni cui si è ora pervenuti non sono contraddette dallo strumentale impegno al pagamento del corrispettivo, elevato ad elemento essenziale delle offerte, a pena di esclusione dalla gara, mediante apposito atto unilaterale d'obbligo, secondo quanto previsto dalle medesime disposizioni di gara.

L'esclusione è infatti conseguente ad una manifestazione di volontà dell'operatore economico, contraria a quella prevista dalla normativa di gara, e non già da un obiettivo impedimento da essa derivante. La possibilità di conformarsi alla stessa normativa impedisce che per il singolo operatore economico sia configurabile una lesione giuridica immediata. Quest'ultima è invece destinata a concretizzarsi con l'aggiudicazione, allorché sarà comunque possibile impugnare l'eventuale richiesta di pagamento della stazione appaltante, in caso di rifiuto di pagare opposto dall'aggiudicatario, o laddove il medesimo pagamento abbia efficacia condizionante, il rifiuto della stazione appaltante di aggiudicare; in entrambi i casi comunque in via derivata rispetto alle presupposte clausole del bando e del disciplinare di gara relative al corrispettivo a favore dell'Asmel Consortile.

25. Sul punto deve aggiungersi che l'impugnazione a questo momento non è impedita dalla sottoscrizione dell'atto unilaterale d'obbligo. L'adesione alle clausole di *lex specialis* con esso espressa dal concorrente sarebbe infatti comunque invalidata dall'eventuale accertamento di illegittimità di queste ultime, per contrasto con le sovraordinate norme di legge: nella specie l'art. 41, comma 2-*bis*, del Codice dei contratti pubblici, sopra richiamato, come prospettato dalle originarie ricorrenti.

26. Gli appelli principale e incidentale vanno pertanto accolti e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, va dichiarato inammissibile il ricorso proposto dall'Associazione Nazionale Costruzioni Edili – ANCE, dalla sua articolazione leccese e dalle società di costruzioni Lecci e Troso.

Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli principale e incidentale, come in epigrafe proposti, li accoglie entrambi e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, dichiara inammissibile il ricorso dell'Associazione Nazionale Costruttori Edili - ANCE, dell'Associazione Nazionale Costruzioni Edili – ANCE Lecce, della Lecci Costruzioni s.r.l. e della Troso Costruzioni s.r.l..

condanna i ricorrenti a rifondere agli appellanti le spese del doppio grado di giudizio, liquidate in favore di ciascuna parte in € 6.000,00, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 7 maggio 2020, tenuta ai sensi dell'art. 84, commi 5 e 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

L'ESTENSORE
Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO