

Publicato il 23/12/2020

N. 08298/2020REG.PROV.COLL.
N. 07988/2020 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

ex artt. 38 e 60 Cod. proc. amm.

sul ricorso in appello numero di registro generale 7988 del 2020, proposto da Telecom Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con le mandanti Italware s.r.l., IBM s.p.a. e DEDEM s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Lirosi e Marco Martinelli, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione seconda) n. 8462/2020, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 84 del d.-l. 17 marzo 2020, n. 18 (*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*), convertito dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, che, tra altro, stabilisce ai commi 5 e 6, rispettivamente, che “*Successivamente al 15 aprile 2020 e fino al 31 luglio 2020, in deroga alle previsioni del codice del processo amministrativo, tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, ferma restando la possibilità di definizione del giudizio ai sensi dell'articolo 60 del codice del processo amministrativo, omesso ogni avviso*”, e che “*Il giudice delibera in camera di consiglio, se necessario avvalendosi di collegamenti da remoto. Il luogo da cui si collegano i magistrati e il personale addetto è considerato camera di consiglio a tutti gli effetti di legge*”;

Visto l'art. 4 del d.-l. 30 aprile 2020, n. 28 (*Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19*), convertito dalla l. 25 giugno 2020, n. 70, che dispone al comma 1, tra altro, che “*A decorrere dal 30 maggio e fino al 31 luglio 2020 può essere chiesta discussione orale con istanza depositata entro il termine per il deposito delle memorie di replica ovvero, per gli affari cautelari, fino a cinque giorni liberi prima dell'udienza in qualunque rito, mediante collegamento da remoto con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione dei difensori all'udienza, assicurando in ogni caso la sicurezza e la funzionalità del sistema informatico della giustizia amministrativa e dei relativi apparati e comunque nei limiti delle risorse attualmente assegnate ai singoli uffici [...]* In alternativa alla discussione possono essere depositate note di udienza fino alle ore 12 del giorno antecedente a

quello dell'udienza stessa o richiesta di passaggio in decisione e il difensore che deposita tali note o tale richiesta è considerato presente a ogni effetto in udienza [...];

Visto l'art. 25 del d.-l. 28 ottobre 2020, n. 137 (*Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*), che recita “1. Le disposizioni dei periodi quarto e seguenti del comma 1 dell'articolo 4 del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito in legge, con modificazioni, dall'articolo 1 della legge 25 giugno 2020, n. 70, si applicano altresì alle udienze pubbliche e alle camere di consiglio del Consiglio di Stato, del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana e dei tribunali amministrativi regionali che si svolgono dal 9 novembre 2020 al 31 gennaio 2021 e, fino a tale ultima data, il decreto di cui al comma 1 dell'articolo 13 dell'allegato 2 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, prescinde dai pareri previsti dallo stesso articolo 13. 2. Durante tale periodo, salvo quanto previsto dal comma 1, gli affari in trattazione passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, ferma restando la possibilità di definizione del giudizio ai sensi dell'articolo 60 del codice del processo amministrativo, omissis ogni avviso. Il giudice delibera in camera di consiglio, se necessario avvalendosi di collegamenti da remoto. Restano fermi i poteri presidenziali di rinvio degli affari e di modifica della composizione del collegio. 3. Per le udienze pubbliche e le camere di consiglio che si svolgono tra il 9 e il 20 novembre 2020, l'istanza di discussione orale, di cui al quarto periodo dell'articolo 4 del decreto-legge n. 28 del 2020, può essere presentata fino a cinque giorni liberi prima dell'udienza pubblica o camerale”;

Relatore nella camera di consiglio del 12 novembre 2020, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.-l. n. 137 del 2020, il Cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti gli avvocati Lirosi, Martinelli e l'avvocato dello Stato Tortora;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 Cod. proc. amm.;

1. Telecom Italia s.p.a. partecipava in veste di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese specificato in epigrafe alla procedura

aperta suddivisa in due lotti indetta dall'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato s.p.a., avente a oggetto l'affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa *“della fornitura e dei servizi connessi all'infrastruttura periferica di passaporto elettronico (PE), permesso di soggiorno elettronico (PSE) e carta di identità elettronica all'estero (CIE-estero)”* per il periodo di 36 mesi più 24 opzionali.

In particolare, presentava offerta per il lotto 1, concernente le forniture e i servizi connessi alle postazioni di lavoro (PdL) dei progetti relativi ai passaporti elettronici e ai permessi di soggiorno elettronici per le sedi di emissione in Italia.

Per quanto qui di interesse il disciplinare di gara:

- suddivideva le attività del lotto in sei prestazioni [principale: fornitura di hardware e software; secondarie: servizi di avviamento; servizi di supporto (a loro volta suddivisi in più componenti); servizi di formazione; fornitura di consumabili; servizio di ritiro e smaltimento], e indicava l'importo parziale a base d'asta per i 36 mesi contrattuali. Altrettanto disponeva per i 24 mesi opzionali;

- all'art. 16 stabiliva a pena di esclusione il contenuto della busta C - Offerta economica, così individuato: a) offerta economica conforme al modello generato dal sistema telematico della stazione appaltante, contenente il prezzo complessivo offerto, la stima dei costi aziendali relativi alla salute e alla sicurezza sui luoghi di lavoro e la stima dei costi della manodopera; b) *“dettaglio offerta economica”*, conforme al modello disponibile sullo stesso sistema, da scaricare e ricaricare previa compilazione nel suo formato originario senza apportare alcuna modifica, ove specificare, per ciascun lotto, i prezzi unitari in euro per ogni voce *“inferiori ai rispettivi importi a base d'asta”*;

- allo stesso art. 16 stabiliva altresì che *“Sono inammissibili le offerte economiche che superino l'importo totale a base d'asta e i relativi importi parziali a base d'asta”*.

2. Aperte le offerte economiche, il RTI Telecom veniva escluso dalla procedura ai sensi dell'art. 16 del disciplinare e per violazione della *par condicio*, perchè la sua offerta, pur presentando un importo complessivo inferiore alla base d'asta e

importi parziali inferiori alla base d'asta delle prestazioni previste, recava nel dettaglio dell'offerta economica, per la voce "servizi di supporto Pdl PSE", un prezzo unitario per ciascuna PdL superiore alla base d'asta unitaria.

3. Telecom impugnava l'esclusione e tutti gli atti presupposti, tra cui la legge di gara, innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio.

Lamentava a mezzo di tre motivi: che l'art. 16 del disciplinare non prevedeva la sanzione espulsiva per l'ipotesi di rialzo di una singola voce di prezzo rispetto alla predeterminata base d'asta unitaria, sanzione riservata al solo caso di offerte economiche superanti l'importo totale a base d'asta e i relativi importi parziali a base d'asta, questi ultimi non ricomprensenti la base d'asta unitaria; in subordine, che una diversa interpretazione dell'art. 16 avrebbe deposto per la nullità della previsione espulsiva, con conseguente sua disapplicazione ai sensi dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, *Codice dei contratti pubblici*; in ulteriore subordine, l'illogicità, la perplessità e l'arbitrarietà della voce di prezzo fissata per i "servizi di supporto PdL PSE", tale da viziare l'intera procedura di gara.

4. L'adito Tribunale, nella resistenza della stazione appaltante, con sentenza breve della Sezione seconda n. 8462/2020 respingeva il ricorso e compensava le spese del giudizio.

Il primo giudice, in estrema sintesi:

- esaminava congiuntamente i due primi motivi di ricorso;
- al riguardo, richiamata la giurisprudenza secondo cui una causa di esclusione può essere introdotta, sempre nella logica del "*numerus clausus*", anche mediante l'imposizione da parte della *lex specialis* di gara di un adempimento doveroso o di un divieto, senza violare il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 9, del *Codice degli appalti pubblici* (Cons. Stato, Ad. plen. n. 9 del 2014), riteneva il gravato provvedimento espulsivo conforme all'art. 16 del disciplinare di gara e al successivo art. 20, "*disposizione implicitamente richiamata nel procedimento di esclusione e non gravata dal ricorrente*";

- rilevava che entrambe le predette norme erano riprodotte del principio del divieto delle offerte in aumento di creazione giurisprudenziale e ora recepito nell'art. 59, comma 4, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, che interpretava tenendo conto delle caratteristiche della gara e del prescelto criterio di aggiudicazione, pervenendo alla conclusione che l'offerta di Telecom, nel superare il prezzo unitario a base d'asta di cui sopra, aveva violato oltre che le predette clausole di bando anche il combinato disposto degli artt. 59, 95, commi 1 e 10-*bis*, del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché lesò la *par condicio* dei concorrenti, sotto il profilo della presentazione di una proposta di servizi superiore, sotto il profilo tecnico, a quella degli altri partecipanti, i quali per rispettare la legge di gara avevano formulato la propria offerta secondo la legge di mercato costi/benefici;
- concludeva che il gravato provvedimento rispecchiava una causa legale tipica di esclusione e che pertanto l'art. 16 del disciplinare non aveva violato il principio della tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016;
- respingeva il terzo motivo, non rilevando alcuna illogicità nella fissazione per la prestazione dei "servizi di supporto" di due diverse basi unitarie (una per le Pdl PE e l'altra per le Pdl PSE), trattandosi del frutto di una valutazione costituente legittimo esercizio della discrezionalità amministrativa nella conformazione della prestazione posta a gara, che, sebbene identica nella tipologia, non lo era per finalità e caratteristiche.

5. Con l'appello all'odierno esame Telecom ha impugnato la predetta sentenza, deducendo: 1) In via principale: *error in procedendo* e *in iudicando* in relazione al primo e al secondo motivo di ricorso; violazione e falsa applicazione degli artt. 59, comma 4, lett. c), 83, comma 8, e 95 del *Codice degli appalti pubblici*, degli artt. 34, comma 2 e 73, comma 3, Cod. proc. amm., degli artt. 16 e 20 del disciplinare, dei principi di legalità, *clare loqui*, tassatività e interpretazione restrittiva delle cause di esclusione, *favor participationis* e proporzionalità; 2) In via subordinata:

error in iudicando in relazione al terzo motivo di ricorso; violazione e falsa applicazione degli artt. 5 e 6 del capitolato e dell'art. 95 del *Codice degli appalti pubblici*. Ha concluso per la riforma della sentenza di primo grado e l'annullamento del provvedimento di esclusione, anche previa declaratoria di nullità dell'art. 16 del disciplinare, e per la condanna della stazione appaltante alla riammissione in gara del raggruppamento temporaneo da lei capeggiato; in via subordinata, ha domandato la caducazione dell'intera procedura.

L'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato si è costituito in resistenza, esponendo l'infondatezza del gravame, di cui ha domandato la reiezione.

6. La causa è stata chiamata alla camera di consiglio del 12 novembre 2020, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.-l. n. 137 del 2020, per la delibazione della domanda cautelare avanzata nell'atto di appello; in tale sede il Collegio ha ravvisato i presupposti per provvedere ai sensi dell'art. 60 Cod. proc. amm., dandone avviso alle parti.

7. Con le prime censure del primo mezzo Telecom evidenzia di aver sostenuto con il primo motivo del ricorso di primo grado che l'art. 16 del disciplinare della procedura in oggetto non prevedeva la sanzione espulsiva per l'ipotesi di rialzo di una singola voce di prezzo rispetto alla predeterminata base d'asta unitaria, sanzione riservata al solo caso di offerte economiche superanti l'importo totale a base d'asta e i relativi "importi parziali a base d'asta", che costituiscono i prezzi stimati per ciascuna delle prestazioni oggetto di gara, e non ricomprendono la base d'asta unitaria, per cui nulla era previsto. Sicchè, nell'assenza di una sanzione espulsiva per l'ipotesi di un prezzo unitario superiore alla relativa base d'asta che non si è tradotto in una offerta economica superiore all'importo totale a base d'asta e agli importi parziali a base d'asta, la stazione appaltante nel provvedimento espulsivo gravato avrebbe confuso il concetto di "importo parziale a base d'asta" con quello "di base d'asta unitaria". Evidenzia ancora di aver lamentato con il secondo motivo, in via meramente subordinata, che l'art.

16 del disciplinare, come interpretato dalla stazione appaltante, sarebbe stato comunque affetto da nullità per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del Codice degli appalti pubblici.

Ciò posto, Telecom lamenta che il primo giudice abbia trattato unitariamente le due censure, nonostante la loro prospettazione in via gradata, ciò che avrebbe disancorato il percorso argomentativo della sentenza dal contraddittorio processuale sviluppatosi nel giudizio, al punto da richiamare a fondamento dell'esclusione anche l'art. 20 del disciplinare che la stazione appaltante non ha mai invocato, e a mal interpretare il contenuto di una sentenza "gemella" (Tar Puglia, n. 811/2020) che la società aveva invocato a sostegno delle sue ragioni. Espone poi l'erroneità del percorso motivazionale che ha respinto le censure in parola: questo sarebbe contraddittorio (laddove richiama il principio di cui alla citata Ad. plen. n. 9 del 2014 per poi rinvenire la causa espulsiva nella lettera del disciplinare), "manipolativo" del dato letterale dell'art. 16 del disciplinare in parola e dell'art. 59, comma 4, lett. c) del *Codice degli appalti pubblici*, e non farebbe alcun riferimento al concetto di "importi parziali a base d'asta", confermando in tal modo la correttezza della tesi della società secondo cui la legge di gara non sanziona il superamento di una singola base d'asta unitaria con l'esclusione, né la sanzione potrebbe essere surrettiziamente introdotta, in violazione del principio del *clare loqui* e del *favor participationis*.

Dette doglianze non possono essere favorevolmente valutate.

7.1. La trattazione contestuale da parte della sentenza appellata dei due primi motivi del ricorso di Telecom è indenne dalle mende denunciate.

Fermo restando che l'ordine conferito dal giudice nella disamina delle censure proposte dalla parte ricorrente non può prescindere dal principio dispositivo, che regola anche il processo amministrativo e che comporta la necessità di esaminare prima quelle censure dal cui eventuale accoglimento deriverebbe un effetto pienamente soddisfacente della pretesa principale avanzata in giudizio dalla parte

medesima, la giurisprudenza riconosce al giudice amministrativo il potere, derivante dal particolare oggetto del giudizio impugnatorio legato all'esercizio della funzione pubblica, di decidere l'ordine di trattazione delle censure sulla base della loro consistenza oggettiva e del rapporto fra le stesse esistente sul piano logico-giuridico, non alterabile dalla semplice richiesta dell'interessato (Consiglio di Stato, V, 28 settembre 2015, n. 4513; IV, 4 febbraio 2015, n. 552).

Nel caso di specie, non si versa in una ipotesi di alterazione dell'ordine di esame delle doglianze esposte dalla parte ricorrente, ma più semplicemente in quella della trattazione unitaria di alcune di esse.

Questa risulta giustificata non solo dalla redazione della sentenza nella forma semplificata di cui all'art. 60 Cod. proc. amm. – nella ritenuta sussistenza dei relativi presupposti che la parte appellante non ha neanche contestato – ma anche dalla connessione esistente tra le relative questioni, le quali, ancorchè poste nei confronti di due atti diversi (nell'ordine: il provvedimento espulsivo; la norma di gara posta a base del provvedimento), afferiscono in sostanza alla stessa unica problematica, che è quella della legittimità o meno dell'esclusione dalla gara della società.

Pertanto, bene poteva il primo giudice esaminare dette questioni in un unico contesto, ciò che, oltre a non apparire illogico alla luce del loro contenuto, non contrasta neanche con il principio che impone il prioritario esame della censura che, ove accolta, soddisfa pienamente la pretesa principale della parte ricorrente: essa nella fattispecie è identica per entrambi i motivi di cui si discute, ed è la riammissione in gara della società, che sconta l'eliminazione dal mondo giuridico del provvedimento di esclusione, autonomamente o in uno all'art. 16 del disciplinare *in parte qua*, mentre l'annullamento in sé di detta norma è obiettivo che, da solo, non corrisponde ad alcun interesse della società medesima, neanche a quello strumentale alla riedizione della gara, che difatti la società ha azionato con un ulteriore e autonomo motivo (il terzo).

7.2. Ciò posto, la tesi principale esposta nella parte del mezzo in esame è l'affermazione che la sanzione dell'espulsione, in quanto prevista dall'art. 16 del disciplinare per le sole offerte economiche *“che superino l'importo totale a base d'asta e i relativi importi parziali a base d'asta”*, non poteva comprendere, in assenza di tali specifiche evenienze, anche l'ipotesi del superamento dei prezzi unitari prestabiliti, che, sempre in tesi, non troverebbe nella legge di gara alcuna specifica sanzione.

L'argomentazione è infondata.

Così la norma (per quanto di interesse):

“La busta “C – Offerta economica” contiene, a pena di esclusione, i seguenti documenti:

a) Offerta Economica [...];

b) Dettaglio Offerta Economica, conforme al modello disponibile sul Sistema; è necessario scaricare sul proprio pc il modello, compilarlo nel suo formato originario senza apportare alcuna modifica, firmarlo digitalmente [...] e quindi caricarlo sul Sistema nell'apposito spazio. Nel Dettaglio Offerta Economica dovranno essere specificati, per ciascun lotto, i prezzi unitari in Euro per ogni voce con un massimo di due cifre decimali ed inferiori ai rispettivi importi a base d'asta [...].

Sono inammissibili le offerte economiche che superino l'importo totale a base d'asta e i relativi importi parziali a base d'asta”.

Per consolidata giurisprudenza, l'interpretazione degli atti amministrativi, ivi compresi i bandi di gara, soggiace alle stesse regole dettate dall'art. 1362 e ss. Cod. civ. per l'interpretazione dei contratti, tra le quali assume carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale, con esclusione di ogni ulteriore procedimento ermeneutico in caso di clausole assolutamente chiare (tra tante, Cons. Stato, V, 17 luglio 2020, n. 4599; 12 settembre 2017, n. 4307). Inoltre, la carenza di uno degli elementi dell'offerta ritenuti essenziali dalla *lex specialis* legittima l'esclusione dell'offerta difettosa, senza che ciò comporti alcuna violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83,

comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 (Cons. Stato, V, 7 febbraio 2020, n. 960; 25 febbraio 2019, n. 1247; 30 aprile 2018, n. 2587; 14 aprile 2016, n. 1494).

Applicando le predette coordinate, emerge:

- che l'art. 16 in esame ha vincolato i concorrenti a compilare il documento "dettaglio offerta economica" indicando i prezzi unitari delle specifiche componenti delle prestazioni contrattuali in misura inferiore a quelli ivi posti a base d'asta (*"Nel Dettaglio Offerta Economica dovranno essere specificati, per ciascun lotto, i prezzi unitari in Euro per ogni voce ... inferiori ai rispettivi importi a base d'asta"*);
- che la condotta contraria a tale vincolo ricade nella sanzione di cui all'*incipit* della previsione (*"La busta 'C - Offerta economica' contiene, a pena di esclusione [...]"*).

La sanzione riguarda in particolare la presentazione del documento "dettaglio dell'offerta economica", la sua conformità allo schema predisposto dalla stazione appaltante, come chiarisce lo stesso art. 16, che obbliga i concorrenti di compilare il documento, da scaricare e ricaricare da e nel sistema telematico della stazione appaltante, *"nel suo formato originario senza apportare alcuna modifica"*, e, infine, l'indicazione di prezzi unitari per ogni voce inferiori ai rispettivi importi a base d'asta, imposta con ogni chiarezza dall'articolo.

Alla luce della struttura e del contenuto della previsione, è del tutto irrilevante il fatto, fortemente evidenziato da Telecom, che la successiva clausola espulsiva (*"Sono inammissibili le offerte economiche che superino l'importo totale a base d'asta e i relativi importi parziali a base d'asta"*) non menzioni anche il superamento dei prezzi unitari: tale eventualità è stata infatti già considerata (e sanzionata) *aliunde*, ovvero nella parte precedente dell'art. 16, sicchè non abbisognava di alcuna ripetizione nella ulteriore clausola espulsiva, riguardante irregolarità diverse e autonome rispetto a essa.

Deve aggiungersi che nelle regole in esame non si rinviene alcuna omissione o ambiguità che richieda il ricorso a canoni ermeneutici diversi dall'interpretazione letterale: consegue l'inapplicabilità del principio del *favor participationis* invocato da

Telecom che, in caso di clausole del bando ambigue o dubbie, privilegia l'interpretazione che consente di estendere la platea dei partecipanti piuttosto che escluderli.

7.3. Chiarito che la principale linea argomentativa di Telecom non può essere seguita, va rilevato, quanto alle ulteriori osservazioni critiche di Telecom, che:

- le considerazioni sopra esposte fanno escludere sia che il primo giudice nell'affermare che l'art. 16 conteneva a pena di esclusione l'obbligo di indicare prezzi unitari inferiori a quelli predeterminati dalla stazione appaltante abbia manipolato la legge di gara, sia che la stazione appaltante possa aver confuso i concetti di "importo parziale a base d'asta" e di "base d'asta unitaria";
- la circostanza che il primo giudice abbia rinvenuto nell'art. 16 del disciplinare una clausola espulsiva espressa per l'ipotesi qui di interesse e al contempo abbia richiamato la giurisprudenza dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato n. 9 del 2014, per cui *"la formula prescelta dalla legge di gara"* per prevedere la causa di esclusione *"può essere la più varia, nel senso che rientra nel fuoco della norma qualunque adempimento imposto non solo a pena di esclusione, ma anche di inammissibilità, decadenza, irricevibilità e simili"*, e *"l'esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano "adempimenti doverosi" o introducano, comunque, 'norme di divieto' pur senza prevedere espressamente l'esclusione ma sempre nella logica del numerus clausus"*, non refluisce in erroneità o contraddittorietà della sentenza. Il principio giurisprudenziale è stato citato all'inizio della parte motiva della sentenza impugnata al fine – espresso – di evidenziare che la tesi di Telecom in ordine alla carenza nella *lex specialis* di una clausola espulsiva per la specifica evenienza posta in essere dalla società non sarebbe stata comunque dirimente, stante l'intensità della prescrizione imposta dall'art. 16 quanto alla indicazione dei prezzi unitari nei termini voluti dal disciplinare stesso;

- nessun rilievo assume la circostanza che il provvedimento di esclusione, a differenza della ricostruzione operata dal primo giudice, non abbia menzionato l'art. 20 del disciplinare (che sancisce in via espressa l'esclusione delle offerte ritenute “*inammissibili, ai sensi dell'art. 59, comma 4 lett. [...] c) del Codice, in quanto in aumento rispetto all'importo a base di gara*”) ma solo l'art. 16. Il richiamo a tale ultimo articolo da parte del provvedimento di esclusione si appalesa difatti del tutto sufficiente, trattandosi della norma di gara pertinente alla fattispecie, mentre l'art. 20 è una evidente norma di chiusura, la quale può concorrere, se necessario, all'interpretazione delle altre norme della *lex specialis*, e proprio in quanto tale è stata considerata dalla sentenza gravata, che l'ha ritenuta implicitamente richiamata nel provvedimento di esclusione;

- non è vero che la sentenza del Tar Puglia, Sezione seconda, n. 811/2020, in un appalto pure bandito dal Poligrafico, abbia risolto una questione identica a quella qui in discussione a favore dell'operatore economico, concludendo per la illegittimità del provvedimento di esclusione. Si tratta infatti di due fattispecie non sovrapponibili, sol che si consideri che in quella gara l'inammissibilità dell'offerta era stata collegata esclusivamente al superamento dell'importo totale a base d'asta, e che l'Istituto, a due giorni dalla scadenza del termine di presentazione delle offerte, e cioè quando la società ricorrente poi esclusa aveva già presentato la sua offerta, aveva modificato la *lex specialis* inserendo il divieto di rialzo con riferimento a singole voci di prezzo. Tale tentativo in quel giudizio (la sentenza si riferisce alla modifica talvolta definendola “divieto di ribasso” ma si tratta di un evidente errore materiale) è stato correttamente ritenuto “*confermativo dell'insussistenza della clausola espulsiva riferita alla singola voce*”. E' pertanto irrilevante nel contenzioso in esame che il Poligrafico non abbia impugnato tale sentenza e che vi abbia dato anzi spontanea esecuzione;

- l'affermazione di Telecom, resa peraltro per mera “completezza devolutiva”, che l'errore censurato nel provvedimento di esclusione sia stato determinato dal

malfunzionamento del *file excel* predisposto dalla stazione appaltante (e segnatamente del “meccanismo bloccante” menzionato dalla difesa erariale), è sfornita di qualsiasi principio di prova.

In definitiva, il provvedimento di esclusione si rivela indenne dalle mende denunziate.

8. Il successivo ordine di censure del primo mezzo ripropone il secondo motivo del ricorso originario.

In particolare, Telecom sostiene in ogni caso che il riconoscimento della presenza nella legge di gara della sanzione espulsiva per le offerte al rialzo dei prezzi unitari prestabiliti renderebbe nulla la relativa previsione per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, non essendovi alcuna norma che vieta di presentare un prezzo unitario superiore a una singola base d'asta unitaria che non si risolva in uno sforamento della base d'asta complessiva, tale non essendo in particolare il divieto di cui all'art. 59, comma 4, lett. c), del Codice dei contratti pubblici, che riguarda esclusivamente il superamento dell'importo posto a base di gara. A conferma, espone che la sentenza di questo Consiglio di Stato, III, 1° febbraio 2017, n. 438, ha affermato che la portata del predetto art. 59, comma 4, lett. c), deve essere ricostruita in base ai principi di correttezza, trasparenza ed economicità dell'azione amministrativa, alla cui luce sarebbe irragionevole riferire il relativo divieto alle singole voci di costo, piuttosto che all'offerta economica finale, intesa nella sua globalità.

Il Collegio non può aderire a tale percorso argomentativo.

8.1. Va rilevato innanzitutto che la sentenza n. 438/2017 invocata da Telecom non può essere assunta a paradigma della questione in esame, poiché in quel contenzioso si discuteva della verifica dell'anomalia dell'offerta. Tant'è che la statuizione, se pure ha affermato il principio richiamato da Telecom, ha poi anche osservato come “*Nel caso in esame, poi, tale tesi [ovvero quella di riferire il divieto dell'offerta in aumento anche alle singole voci di costo] porterebbe al*

paradossale esito che la [...] dovrebbe essere esclusa per una singola offerta in aumento quando ciò che le viene contestato è l'offerta globale anormalmente bassa”.

Tanto chiarito, si osserva che la tesi di Telecom postula in linea generale l'indifferenza per la stazione appaltante delle singole voci di costo, a favore della esclusiva rilevanza del *quantum* dell'offerta economica complessiva.

Ma per costante giurisprudenza tale indifferenza sussiste solo per le offerte economiche “a corpo” (categoria nella quale non rientra quella in esame, come afferma la stessa Telecom a pagina 22 del suo appello), nelle quali l'elemento essenziale della proposta economica è esclusivamente l'importo finale, e non le voci di costo che hanno concorso a formarlo, che restano, pertanto, fuori dal contenuto essenziale dell'offerta e quindi del contratto da stipulare, il quale copre l'esecuzione di tutte le prestazioni contrattuali (Cons. Stato, V, 26 ottobre 2018, n. 6119; 3 settembre 2018, n. 5161; 3 aprile 2018, n. 2057; VI, 4 gennaio 2016, n. 15; 4 agosto 2009, n. 4903; IV, 26 febbraio 2015, n. 963). Di contro, già sotto la vigenza del precedente Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 12 aprile 2016, n. 163, l'Anac ha riconosciuto la non conformità alla normativa di settore della possibilità per gli operatori economici partecipanti a un appalto pubblico fondato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di formulare offerte in aumento sul costo di esecuzione dell'opera o “*su elementi il cui valore massimo è stato previsto nel bando*” (parere di precontenzioso n. 116 del 22 novembre 2007).

Oggi, la possibilità della stazione appaltante di dare rilevanza alle singole voci di costo offerte e di disporre conseguentemente l'esclusione delle offerte in aumento anche per dette singole voci, naturalmente previa predisposizione di una adeguata clausola nella *lex specialis*, non può ritenersi contrastante con l'art. 59, comma 4, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016 (“*Sono considerate inammissibili le offerte: [...] c) il cui prezzo supera l'importo posto dall'amministrazione aggiudicatrice a base di gara, stabilito e documentato prima dell'avvio della procedura di appalto*”), sia perché la

norma non la vieta, sia in quanto la stessa norma, come anche rilevato dal primo giudice, declina l'espressione "offerte" al plurale, in tal modo potendosi agevolmente riferire alle offerte riferite alle singole voci di cui si compone un appalto che la stazione appaltante, nell'esercizio della propria autonomia negoziale, abbia strutturato anche valorizzando i prezzi unitari. L'osservazione dell'appellante che il predetto plurale sia da riferire alla esclusiva circostanza che il comma 4 di cui sopra regola le tre diverse ipotesi di cui alle lettere a), b) e c), è frutto da un lato di una interpretazione riduttiva e dall'altro non scalfisce la coerenza della lettura proposta dalla sentenza appellata.

Il primo giudice ha articolatamente illustrato come il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa si risolva nella scelta dell'offerta che si presenta come la migliore sotto il profilo tecnico e che si contraddistingue, al contempo, per offrire il prezzo più basso, con un meccanismo in cui è preponderante la componente tecnica (stante il tetto massimo del 30 per cento del punteggio complessivo attribuibile all'offerta economica: art. 95, comma 10-*bis*, d.lgs. n. 50 del 2016), pervenendo alla condivisibile conclusione che, poichè il valore tecnico del "prodotto" o del "servizio" offerto è strettamente parametrato al prezzo offerto per lo stesso, la eventuale fissazione di soglie massime di prezzi unitari meglio soddisfa l'esigenza di un confronto concorrenziale effettivo e imparziale.

Detto rilievo non recede a fronte dell'osservazione di Telecom che, nell'ambito di una offerta complessiva rispettosa (perché pari o inferiore) dell'importo totale a base d'asta, il prezzo unitario che ha travalicato una di tali soglie massime presuppone evidentemente la riduzione proporzionale di altre voci di costo, e quindi non attribuisce all'offerente alcun vantaggio nell'attribuzione del punteggio tecnico.

Non si tratta infatti di scongiurare la possibilità che il collaudato meccanismo dell'offerta economicamente più vantaggiosa possa subire una alterazione, ma

piuttosto di considerare che la *lex specialis*, a mezzo della specificazione delle regole della procedura, identifica puntualmente, anche mediante l'individuazione dei contenuti necessari delle offerte e la previsione dell'esclusione per il caso della loro carenza, le esatte caratteristiche della prestazione contrattuale che la stazione appaltante intende assicurarsi in rapporto al costo stimato del servizio.

In siffatta prospettiva, fermo restando il limite "esterno" di cui al citato art. 59, comma 4, lett. c), la eventuale fissazione di un tetto massimo di voci di prezzo unitarie, quale criterio *ex ante* e astratto, si rivela un limite "interno" che non può che essere proporzionale al primo e concorrere con esso, in quanto tale, al bilanciamento dei fattori prodotto o servizio e costo, in vista dell'identificazione della miglior offerta e indi dell'apprensione da parte dell'amministrazione della miglior utilità scaturente dal confronto concorrenziale, obiettivo che, nella logica del *Codice dei contratti pubblici*, non è meno significativo della tutela della spesa pubblica, di cui, anzi, costituisce un fondamentale aspetto.

Pertanto anche l'art. 16 del disciplinare della gara per cui è causa si sottrae alle censure di Telecom.

9. Con il secondo e ultimo mezzo Telecom sostiene in via gradata l'illegittimità dell'intera procedura di gara, per aver la *lex specialis* indicato due basi d'asta differenti per il servizio di supporto relativo alle postazioni di lavoro dei passaporti elettronici (PdL-PE) e dei permessi di soggiorno (PdL-PSE), ciò che ritiene irragionevole stante le identiche caratteristiche del servizio.

Per respingere la censura non occorrono molte parole.

Il primo giudice ha escluso qualsiasi illogicità della previsione, ascrivendola al legittimo esercizio della discrezionalità amministrativa nella conformazione della prestazione posta a gara, che, sebbene identica nella tipologia, non lo è per finalità e caratteristiche.

La conclusione può essere qui confermata, considerando che, come fatto constare dalla difesa erariale, la legge di gara evidenzia la sussistenza, al riguardo,

di un diverso fabbisogno: il servizio di supporto riferito ai passaporti elettronici è stato stimato su 2.340 postazioni per 84.240 mesi stimati per postazione e per una base d'asta di € 138,05 per ogni mese/postazione; quello riferito ai permessi di soggiorno elettronici (PSE) è stato stimato su 3.278 postazioni per 118.008 mesi stimati per postazione e per una base d'asta di € 72,06 per mese/postazione.

La differenza delle voci di prezzo risulta quindi collegata al consueto criterio per cui a una maggior quantità stimata corrisponde un minore importo a base d'asta.

10. Per tutto quanto precede l'appello deve essere respinto.

Tuttavia, in considerazione della novità delle questioni trattate, il Collegio ravvisa giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello di cui in epigrafe, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese del grado.

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

Così deciso nella camera di consiglio del 12 novembre 2020, svoltasi da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. n. 137 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE
Anna Bottiglieri

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO