



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa

Sezione Autonoma di Bolzano

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 178 del 2017, proposto da: Arte Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Reinhart Volgger, con domicilio eletto presso lo studio Volgger/Grüner/Plorer/Eller in Bolzano, via Carducci N. 8;

contro

- Provincia Autonoma di Bolzano e Acp-Agenzia Per i Procedimenti e La Vigilanza in Materia di Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, in persona dei rispettivi rappresentanti legali p.t., rappresentati e difesi per legge dagli avvocati Renate von Guggenberg, Alexandra Roilo, Patrizia Pignatta, Walter Menghin, domiciliata presso la sede dell'Avvocatura provinciale in Bolzano, piazza Silvius Magnago 1;
- Comune di Lana, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Christoph Trebo, Alex Telsler, con domicilio eletto presso lo studio dei predetti legali in Bolzano, via Cassa di Risparmio n. 13;

nei confronti di

Trias Snc di A. Klotz & Co., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Bertella, con domicilio eletto presso lo studio del predetto legale in Bolzano, v.le A. Duca D'Aosta N. 51;

per l'annullamento

- dell'aggiudicazione definitiva disposta dalla Giunta comunale del Comune di Lana con delibera n. 311 dell' 11.07.2017 (all. 1), comunicata dall' ACP con nota dd. 12.07.2017 (all. 2), in favore della soc. Trias Snc di A. Klotzner;
- dei presupposti verbali dell'Autorità di gara e dei relativi allegati, in particolare del verbale relativo alla terza seduta pubblica, con cui alla Trias Snc è stato riconosciuto un punteggio economico di 30,00 (all. 3) e del verbale relativo alla quarta seduta pubblica, con cui l'Autorità di gara ha proposto di aggiudicare l'appalto alla Trias Snc (all. 4).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia Autonoma di Bolzano e di Acp-Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, del Comune di Lana e di Trias Snc di A. Klotz & Co.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 ottobre 2017 il dott. Sarre Pirrone e uditi per le parti i difensori M. Engl, in sostituzione di R. Volgger, per la parte ricorrente.

J. Segna, in sostituzione di R. von Guggenberg, per la Provincia autonoma di Bolzano e l'ACP.

C. Trebo e A. Telser per il Comune di Lana.

A. Telser, in sostituzione di A. Bertella per la Trias S.n.c.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con atto notificato il 27.07.2017 la ditta Arte s.r.l. impugnava avanti all'intestato Tribunale il provvedimento in epigrafe indicato (nonché i presupposti verbali dell'autorità di gara), con il quale la Giunta comunale di Lana aveva aggiudicato in via definitiva in favore della odierna controinteressata, Trias s.n.c., la fornitura e messa in funzione di mobili e impianti multimediali destinati all'Istituto comprensivo Lana II.
2. Il disciplinare di gara stabiliva – con disposizione assistita da espressa comminatoria di esclusione – il divieto di presentare offerte con importi unitari o parziali superiori a quelli indicati nella lista dei prezzi unitari, “*ancorchè l'offerta complessiva fosse inferiore alla base d'asta*” (2° cpv dell'art. 4.3. del disciplinare).
3. La ditta Trias s.n.c. presentava un'offerta contenente alcuni prezzi unitari (10 su oltre 140) che superavano gli importi indicati nell'elenco prezzi previsto dal disciplinare di gara. L'offerta economica complessiva restava, peraltro, al di sotto della base d'asta prevista dall'art. 1.2.3 del disciplinare di gara, integrando un ribasso del 28,74%,
4. All'esito delle operazioni di valutazione delle offerte, la Trias s.n.c. conseguiva il punteggio complessivo di 92,20 punti, mentre alla società Arte s.r.l. venivano attribuiti 91,39 punti. L'aggiudicazione veniva quindi pronunciata in favore della prima, con provvedimento della Giunta comunale n. 311 del 11.07.2017.
5. Avverso il suddetto affidamento propone ora gravame l'odierna ricorrente, formulando un singolo motivo di doglianza riferito alla mancata esclusione della Trias s.n.c. che, secondo Arte s.n.c., si sarebbe dovuta disporre per aver l'aggiudicataria presentato un'offerta non conforme alle prescrizioni dettate a pena di esclusione dalla sopra richiamata clausola del disciplinare di gara.

6. La documentazione versata in atti evidenziava, invero, – come già accennato – che l’offerta Trias conteneva, per dieci articoli di prezzi unitari, importi superiori a quelli indicati nella lista posta a base di gara, pur collocandosi l’offerta economica complessiva, risultante dalla sommatoria di tutti prezzi parziali, ben al di sotto della base d’asta.

7. Con il gravame introduttivo del presente giudizio la società ricorrente agisce per l’annullamento dell’aggiudicazione contestata, instando altresì per la condanna del Comune di Lana al risarcimento in forma specifica mediante subentro nella fornitura o, in subordine, per equivalente, mediante riconoscimento di un importo pari ad almeno il 10% del valore offerto.

8. Si sono costituite in giudizio le amministrazioni resistenti, Comune di Lana e ACP, nonché la controinteressata Trias s.n.c., sostenendo la legittimità della disapplicazione della controversa clausola del disciplinare di gara, per contrasto con il principio di tassatività della cause di esclusione, come specificato dall’art. 83, comma 8 del D.Lgs. n. 50/2016. Detta disposizione normativa (riproducendo quanto già disposto dall’art. 46, comma 1 *bis* del D.Lgs. n. 163/2006) sanziona con la nullità le prescrizioni di gara istitutive di cause di esclusione ulteriori rispetto a quelle previste dal codice o da altra fonte legislativa o regolamentare.

9. Le parti resistenti evidenziano come il divieto di offerte in aumento non sia espressamente codificato, essendo stato desunto in via interpretativa da disposizioni normative che presupponevano, sia per gli appalti aggiudicati con il criterio dell’offerta più vantaggiosa, sia per quelli assegnati al prezzo più basso, che le offerte fossero formulate in termini di ribassi e di riduzioni rispetto alla base d’asta complessiva (artt. 82 e 83, comma 8 del D.Lgs. n. 163/2006, art. 283 del D.P.R. n. 207/2010, art. 8 del D.Lgs. n. 50/2016).

10. La *ratio* del divieto, individuata nell’esigenza di rispettare le previsioni di spesa pubblica, escluderebbe l’operatività del medesimo nei casi in cui – come nella

fattispecie in questione – l'aumento di singoli prezzi unitari non si traduca in un'offerta complessiva superiore alla base d'asta ed all'equivalente importo stanziato dall'amministrazione committente.

11. La contestata clausola del disciplinare di gara, vietando gli aumenti riferiti ai singoli prezzi unitari, andrebbe quindi oltre la portata del divieto di offerte in aumento, introducendo una causa di esclusione non codificata, con conseguente sua nullità per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara, come sancito, da ultimo, dall'art. 83, comma 8 del D.Lgs. n. 50/2016.

12. La validità dell'offerta presentata dall'aggiudicataria sarebbe, altresì, derivabile dall'operatività dei principi del *favor participationis*, nonché da quello “*sostanzialistico*”, di ragionevolezza e proporzionalità, che dovrebbero far propendere per un'applicazione delle norme scevra da eccessivi formalismi e ingiustificate restrizioni della concorrenza.

13. Le argomentazioni messe in campo dalle parti resistenti troverebbero poi significativa conferma in un recente, specifico precedente (sent. TAR Veneto, n. 1028/2016, confermata dal Cons. Stato, Sez. III, sent. n. 438/17) in cui il divieto di presentazione di offerte in aumento sarebbe stato interpretato in conformità all'evidenziata *ratio*, considerando valide le offerte al rialzo riferite a singoli prezzi unitari in presenza di un'offerta complessiva d'importo inferiore alla base d'asta.

14. Detta ricostruzione dei criteri di aggiudicazione si imporrebbe soprattutto negli appalti aggiudicati a corpo, in cui l'offerta appare sostanzialmente disancorata dalle valutazioni relative ai prezzi unitari, che rilevano unicamente ai fini della redazione del computo metrico estimativo, utilizzato ai fini della determinazione della base d'asta.

15. Parte ricorrente contesta la rilevanza della giurisprudenza citata dalle controparti, in quanto riferita a fattispecie in cui la clausola limitativa della facoltà

di presentare offerte in aumento non sarebbe stata corredata da esplicita comminatoria di esclusione, come avviene invece nel caso che ne occupa.

16. Con ordinanza n. 117/2017 questo Tribunale rigettava l'istanza di sospensione cautelare proposta dalla ricorrente.

17. Venendo alla verifica di merito della fondatezza del gravame, il Collegio – riesaminata *funditus* la *res litigiosa* - ritiene di dover confermare le valutazioni poste a base del disposto diniego di misura cautelare.

18. Appare, invero, privo di fondamento l'unico motivo di ricorso formulato con riferimento all'omessa applicazione nei confronti della controinteressata del divieto di presentare offerte in aumento, contemplato, a pena di esclusione, dal disciplinare di gara.

19. Al riguardo va, in primo luogo, sottolineata la mancata previsione normativa di un esplicito e generalizzato divieto di offerte al rialzo, soprattutto se riferito agli appalti a corpo aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Come osservato dalla stessa ricorrente, gli articoli 82 e 83 del "vecchio" codice degli appalti (D.Lgs. n. 163/2006) non trovano riscontro in equivalenti disposizioni del "nuovo" codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 50/2016), nel quale non è dato di rinvenire alcun riferimento ai "ribassi" o alle "riduzioni" rispetto ai prezzi unitari posti a base di gara (v. l'attuale art. 95), da cui gli interpreti avevano ricavato, in via indiretta, l'esistenza del divieto in questione.

20. Viene invece espressamente ripreso dalla codificazione del 2016 il principio di tassatività delle cause di esclusione, per cui *"i bandi e le lettere d'invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle"* (art. 83, comma 8 D.Lgs. n. 50/2016).

21. L'operatività del principio suddetto nella fattispecie in esame non sembra, quindi, revocabile in dubbio, considerato che il disciplinare di gara ha introdotto

un divieto che, come visto, difetta non soltanto di sanzione ma persino di attuale previsione da parte del vigente codice dei contratti pubblici, ovvero di “*altre disposizioni di legge vigenti*”.

22. Peraltro, anche volendo prescindere dalla questione suddetta e dare per acquisito il fondamento normativo e l'applicabilità al caso di specie del divieto di presentare offerte al rialzo, sarà comunque necessaria un'applicazione restrittiva del medesimo, trattandosi di previsione limitativa della possibilità di partecipazione alla procedura di evidenza pubblica. L'esclusione della possibilità di presentare offerte superiori ai prezzi fissati dalle norme di gara va, infatti, coniugata in funzione della *ratio* sottesa al divieto, concepito come strumento di contenimento della spesa pubblica ed applicabile, in ragione del suo carattere derogatorio della libertà di concorrenza e del *favor participationis*, nei limiti strettamente necessari per garantire il perseguimento di tale superiore interesse.

23. In diverse parole, l'esigenza di limitare la possibilità di offrire prezzi eccedenti quelli posti a base di gara sussiste soltanto nei casi in cui si superi il limite di spesa stabilito negli atti di determinazione a contrarre e di indizione della procedura. Tale interesse non è ravvisabile qualora l'aumento riguardi singole componenti parziali della fornitura e sia compensato dalle riduzioni più che proporzionali riferite ad altri articoli di prezzo, con somma finale algebrica inferiore all'importo complessivo posto a base di gara.

24. Sul tema, si reputa rilevante e condivisibile la posizione assunta dal Consiglio di Stato con una recente pronuncia (sent. Sez. III, sent. n. 438/2017, di conferma della sent. n. 1028/2016 del TAR Veneto) la cui interpretazione è stata oggetto di disputa tra le parti ricorrente e resistenti nelle rispettive memorie conclusionali e di replica.

25. Il Collegio ritiene che da tali precedenti possa trarsi argomento a favore della legittimità del provvedimento di “non esclusione” assunto dalla stazione appaltante

nel caso in trattazione. La fattispecie decisa con le sentenze citate presenta, infatti, indubbi elementi di connessione ed analogia con la presente controversia, pur riguardando un caso in cui il divieto di offerte in aumento non era coperto da espressa comminatoria di esclusione.

26. Ciò non ha invero impedito al Consiglio di Stato di chiarire che la regola della tassatività delle cause di esclusione non è superabile neanche da cogenti prescrizioni delle norme di gare (siano esse assistite o meno da sanzione escludente) e che *“diversamente opinando si finirebbe per compromettere l'esigenza di certezza e par condicio che ispira l'intero sistema degli appalti pubblici e, in particolare, la disciplina degli obblighi fissati a pena d'esclusione”*.

27. Viene poi ribadito in termini inequivocabili che: *“Quanto alla violazione del divieto di offerte in aumento, l'argomento che l'appellante trae da pareri e bandi tipo dell'ANAC (gli stessi cui fa riferimento la ricorrente nel presente giudizio; ndr) non è decisivo, atteso che, in disparte qualunque considerazione sull'effettivo significato di tali atti, il giudice amministrativo è tenuto ad applicare la legge, che non si presta ad equivoci di sorta. Il principio relativo alla necessità che le offerte economiche siano pari o inferiori all'importo posto a base d'asta non è direttamente esplicitato, ma si evince dagli articoli 82 e 83 d.lgs. n. 163/2006, nonché dall'art. 283, comma 3, D.P.R. 207/2010. Ne discende che la sua portata deve essere ricostruita alla luce della ratio, legata ai principi generali di correttezza, trasparenza e, soprattutto, economicità. Irragionevole sarebbe, in tale prospettiva, riferire il divieto alle singole voci di costo, piuttosto che all'offerta economica finale, intesa nella sua globalità”*.

28. La verifica giurisprudenziale evidenzia, altresì, come il divieto in questione non sia sancito in termini assoluti, ben potendosi ipotizzare casi in cui sussista un apprezzabile interesse pubblico ad escludere offerte in aumento anche per singoli prezzi unitari o articoli di fornitura, quando gli stessi integrino un elemento essenziale dell'offerta. Ne costituisce concreta dimostrazione la fattispecie decisa dal TAR Lombardia (Sez. IV, sent. n. 28/2015) in cui la *lex specialis* individuava

espressamente alcuni, specifici prezzi unitari che, essendo oggetto di convenzione Consip, non potevano, per legge, superare i migliori prezzi previsti nella convenzione medesima (v. art. 1, comma 494 della legge n. 208/2015).

29. Simili esigenze non sono tuttavia riscontrabili, né vengono rappresentate, nel caso di specie, in cui il divieto di offerte in aumento viene disposto in maniera indiscriminata per la totalità dei prezzi unitari contenuti nella lista di cui al modulo di offerta economica (all. C1 al disciplinare di gara) e senza che sia dato di riconoscere un apprezzabile interesse dell'amministrazione committente al rispetto dei limiti fissati nell'elenco prezzi. Non sussistono, quindi, le condizioni che consentirebbero, in tesi, di legittimare il divieto in questione, non essendo ragionevolmente sostenibile che ciascuna delle oltre 140 voci di prezzo che compongono l'offerta complessiva integri un elemento essenziale della medesima e giustifichi, in caso di rialzo, l'espulsione dell'offerente dalla gara.

30. Indiretta conferma della validità dell'interpretazione prospettata può ricavarsi anche da quelle codificazioni regionali in tema di contratti pubblici che hanno scelto di disciplinare *ex professo* la materia. Viene in rilievo, p.e., l'art. 16, comma 6 della L.P. n. 2/2016 della Provincia autonoma di Trento, a termini del quale “*non sono ammesse offerte in aumento rispetto al costo complessivo stimato dalla pubblica amministrazione*”. La norma dimostra che, anche quando il legislatore ha inteso esplicitare il divieto di offerte al rialzo, lo ha fatto con riferimento specifico al “*costo complessivo stimato*”, con implicita ma chiara esclusione dell'operatività del divieto per i casi in cui le offerte in aumento siano riferite a costi e prezzi parziali e non si risolvano in uno sfioramento della base d'asta complessiva.

31. Le esposte considerazioni inducono, in definitiva, a dare credito alle eccezioni sollevate dalle parti resistenti ed a concludere nel senso della legittimità della “disapplicazione” della contestata disposizione del disciplinare di gara, in quanto contenente prescrizioni lesive del principio di tassatività delle cause di esclusione.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione autonoma di Bolzano definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge siccome infondato per le ragioni esposte nella parte motiva. Condanna parte ricorrente a rifondere le spese di lite alla parti resistenti e controinteressata che liquida, per ciascuna di essa, in complessivi € 2.000,00 (duemila/00), oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Bolzano nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Edith Engl, Presidente

Alda Dellantonio, Consigliere

Sarre Pirrone, Consigliere, Estensore

Michele Menestrina, Consigliere

L'ESTENSORE
Sarre Pirrone

IL PRESIDENTE
Edith Engl

IL SEGRETARIO