

Gare da aggiudicare “a corpo” e (ir)rilevanza delle indicazioni contenute nell’elenco prezzi e nel computo metrico estimativo

di Matteo Rinaldi

CONSIGLIO DI STATO, sez. V, 2 gennaio 2019, n. 13 - Pres. Saltelli; Est. Giovagnoli - D.H. s.p.a. (*Avv.ti Segalerba e Carbone*) c. P.A.T. (*Avv.ti Pedrazzoli e Manzi*) e Comune di N. (*Avv. Osele*) e M.C. s.r.l. (*n.c.*).

Contratti della p.a. – Appalti pubblici – Gara – Offerta “a corpo” – Mancato o irregolare utilizzo dell’elenco prezzi – Esclusione dalla gara – Illegittimità – Ratio.

Negli appalti “a corpo” elemento essenziale della proposta economica è il solo importo finale offerto, mentre i prezzi unitari indicati nel c.d. elenco prezzi, tratti dai listini ufficiali (che possono essere oggetto di negoziazione o di sconti sulla base di svariate circostanze), hanno un valore meramente indicativo delle voci di costo che hanno concorso a formare il detto importo finale; di conseguenza le indicazioni contenute nel c.d. elenco prezzi sono destinate a restare fuori dal contenuto essenziale dell’offerta e quindi del contratto da stipulare.

FATTO e DIRITTO

1. La P.A.T., su delega del Comune di N., ha indetto una procedura negoziata, condotta mediante gara telematica e da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso determinato mediante offerta a prezzi unitari, per l’affidamento per l’affidamento dei lavori di realizzazione della nuova sede municipale nel Comune di N., lotto 2 “struttura prefabbricata in legno - codice CIG 6991593D0D”.

Nell’invito alla partecipazione recante data 20.3.2017, per la parte di interesse nel presente giudizio, era previsto che il documento “lista delle lavorazioni e forniture”, predisposto dall’amministrazione e da completarsi a cura degli interessati con le indicazioni dei prezzi offerti per le numerose voci ivi indicate, doveva essere “classificato”, al fine dell’inoltro da parte dei concorrenti, nella categoria “allegato economico”, a pena di esclusione.

Per altro profilo qui di interesse, era stabilito che “comporta l’esclusione automatica dell’offerta: (...) il mancato utilizzo del modulo fornito dall’amministrazione aggiudicatrice”.

Successivamente la stazione appaltante, avvedutasi della necessità di modificare le voci nn. 18 (“sistemazione in rilevato”) e 414 (“supporto per moduli voltaici”), sostituiva la lista delle lavorazioni ed in data 5 aprile 2017 predisponendo il nuovo invito alla

partecipazione, prorogando con ciò il termine di scadenza per la presentazione delle offerte: nella contestuale nota di chiarimento ("Proroga, risposta a chiarimenti e messa a disposizione di nuovi elaborati") la stazione appaltante stabiliva espressamente che "la nuova lista delle lavorazioni (file NEW_LISTA (*omissis*) NT41864) è da utilizzarsi a pena di esclusione in quanto sono state modificate le voci 18 e 414 come da Computo metrico Estimativo", aggiungendo inoltre "che le imprese che nel frattempo avessero già inviato la propria offerta dovranno presentarne una nuova ritirando quella precedentemente inviata" (doc. 3 fasc. Provincia).

2. Il RTI D.H. inoltrava la propria offerta in data 2 maggio 2017 e nella seduta del 3.5.2017 veniva escluso dalla gara in quanto, in violazione del paragrafo 3, l'offerta economica-lista delle categorie era stata inserita nella busta amministrativa invece che nella busta economica (idem doc. 4) ed in data 22.5.2017 la gara veniva aggiudicata alla società M.C. sulla base della maggior percentuale di ribasso offerto.

3. Con il ricorso introduttivo innanzi al TRGA di Trento, il RTI D. H., rilevando che la propria offerta economica sarebbe prevalente su quella inoltrata da M.C., ha impugnato le predette determinazioni, deducendo che l'anomalia riscontrata era imputabile all'errato funzionamento del portale telematico della Provincia.

A seguito di ciò, e sulla scorta di apposita istruttoria, il seggio di gara provvedeva nella seduta di gara del 4 luglio 2017 da un lato ad annullare in autotutela la disposta esclusione, riscontrando che "non è possibile escludere con certezza l'ipotesi del malfunzionamento del sistema", e dall'altro ad escludere nuovamente dalla gara il RTI D.H. e a confermare l'aggiudicazione a M.C.

Il nuovo provvedimento veniva assunto in forza del diverso rilievo, confermato in sede di rigetto dell'istanza di annullamento, secondo cui "la lista delle categorie presentata dal ricorrente è quella di cui al file denominato NT41864_Lista_Munic_(*omissis*), fornito dall'amministrazione con l'invito alla partecipazione prot. n. 16011 del 20 marzo 2017 quindi nella vecchia versione, invece che quella sostituita in sede di proroga della scadenza di presentazione delle offerte in data 5 aprile 2017 con nota prot. n. 1985588 e da utilizzarsi a pena di esclusione in quanto erano state modificate le voci 18 e 414".

D.H. ha impugnato con motivi aggiunti innanzi al TRGA di Trento il nuovo provvedimento di esclusione dalla gara e di conferma dell'aggiudicazione alla società M.C., deducendone con un'unica articolata censura l'illegittimità "per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 16, comma 3, della l.p. n. 2/2016, nonché dell'art. 57 e del titolo IV, Capo V, del Regolamento di attuazione della l.p. n. 26 del 1993 (d.P.P. 11.5.2012, n. 9-84/Leg.) - Violazione e/o falsa applicazione della *lex specialis* di gara con particolare riguardo all'art. 3 - Modalità di presentazione e sottoscrizione dell'offerta economica - Manifesta erroneità - Travisamento - Erroneità nella considerazione e valutazione di presupposti/difetto di motivazione - Difetto di istruttoria - Violazione dei principi di proporzionalità e *favor participationis* - Violazione del principio comunitario di prevalenza della sostanza sulla forma - Eccesso di potere in tutte le sue forme sintomatiche - Sviamiento".

3. Con la sentenza di estremi indicati in epigrafe il TRGA di Trento ha dichiarato improcedibile il ricorso avverso il primo provvedimento di esclusione (perché nelle more annullato in autotutela dalla stazione appaltante) ed ha respinto i motivi aggiunti avverso il secondo provvedimento di esclusione.

5. Il TRGA ha valorizzato l'art. 57 ("Aggiudicazione al prezzo più basso determinato mediante offerta a prezzi unitari") del d.P.P. di Trento ("Regolamento di attuazione della legge provinciale 10 settembre 1993, n. 26 concernente norme in materia di lavori pubblici di interesse provinciale e per la trasparenza negli appalti e di altre norme provincia-

li in materia di lavori pubblici”), il quale stabilisce al comma 6, che “comporta l’esclusione automatica dell’offerta il mancato utilizzo del modulo fornito dall’amministrazione aggiudicatrice per l’indicazione dei prezzi”, riscontrando che la previsione della sanzione espulsiva in tal caso stabilita dalla citata disposizione regolamentare era stata espressamente confermata dalla *lex specialis* (paragrafo 3.1.1), sia nell’originario invito a partecipare sia in quello successivamente modificato, e ribadita nella nota di chiarimento (“Proroga, risposta a chiarimenti e messa a disposizione di nuovi elaborati”) di data 5 aprile 2017, nella quale l’amministrazione ha disposto che il nuovo modulo offerto, “necessario a seguito della modifica del quadro economico”, diventa “new_lista (omissis) NT41864” e che “tale nuova lista delle lavorazioni è da utilizzarsi a pena di esclusione”.

6. Per ottenere la riforma della citata sentenza hanno proposto appello le società D.H. S.p.a. e I. S.p.a. (d’ora in poi anche solo R.T.I. D.H.).

7. Si sono costituiti in giudizio, per resistere all’appello, il Comune di N. e la P.A.T.

8. Alla pubblica udienza del 15 novembre 2018, la causa è stata trattenuta per la decisione.

9. L’appello merita accoglimento.

10. Va, anzitutto, disattesa l’eccezione di irricevibilità del gravame sollevata dal Comune di N.

L’appellante nel giudizio di primo grado aveva, infatti, indicato un valido indirizzo di posta elettronica certificata domicilio digitale e, dunque, la notifica effettuata presso la segreteria del TRGA non poteva far decorrere il termine breve per appellare. Milita in tal senso l’art. 16-*sexies*, d.l. n. 179/2012 (convertito dalla l. n. 221/2012), come modificato come modificato dal d.l. n. 90 del 2014 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 114 del 2014), ai sensi del quale: “quando la legge prevede che le notificazioni degli atti in materia civile al difensore siano eseguite, ad istanza di parte, presso la cancelleria dell’ufficio giudiziario, alla notificazione con le predette modalità può procedersi esclusivamente quando non sia possibile, per causa imputabile al destinatario, la notificazione presso l’indirizzo di posta elettronica certificata, risultante dagli elenchi di cui all’articolo 6-*bis* del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, nonché dal registro generale degli indirizzi elettronici, gestito dal ministero della giustizia”.

11. Passando all’esame del merito, risultano dirimenti le seguenti considerazioni.

12. Va anzitutto evidenziato che, in base alla *lex specialis* di gara:

- il contratto di appalto sarebbe stato stipulato a corpo, con prezzo fisso ed invariabile ai sensi dell’art. 29, comma 2-*bis*, della l.p. n. 26/1993;
- il criterio di aggiudicazione (pag. 2 lettera di invito) era individuato nel prezzo più basso determinato mediante offerta a prezzi unitari ai sensi dell’art. 16, comma 3 della l.p. n. 2/2016, secondo le modalità procedurali di cui all’art. 57 e del Titolo IV, Capo V del Regolamento di attuazione della l.p. n. 26 del 1993 (d.P.P. 11.5.2012, n. 9-84/Leg.);
- in base al particolare criterio di selezione delle offerte, era fatto obbligo ai concorrenti di produrre la rispettiva offerta economica compilando, ai sensi dell’art. 57 del richiamato Regolamento di attuazione, il modulo “Lista delle lavorazioni e forniture”, in formato file.pdf caricato a sistema, mediante indicazione del prezzo unitario offerto per ogni singola voce relativa alle diverse categorie di lavoro.

13. Nella *lex specialis* si precisava, inoltre, che:

- l’indicazione delle voci e quantità riportate nella “Lista delle lavorazioni e forniture” non ha valore negoziale essendo il prezzo, determinato attraverso la stessa, fisso ed invariabile ai sensi dell’art. 29, comma 2-*bis* della l.p. 26/1993;
- il concorrente ha l’obbligo di controllare le voci riportate nella “Lista delle lavorazioni e forniture” previo accurato esame degli elaborati progettuali comprenden-

ti il computo metrico estimativo ed il capitolato speciale d'appalto posti in visione dalla Stazione appaltante.

In esito a tale verifica, il concorrente era tenuto a:

- a) integrare o ridurre le quantità che valuta carenti o eccessive inserendo, all'interno del modulo "Lista delle lavorazioni e forniture" sopra citato, in corrispondenza della rispettiva voce, la quantità ritenuta corretta nella cella in bianco, a destra della quantità indicata dall'Amministrazione. Una volta inseriti la nuova quantità e il prezzo unitario offerto, il modulo.pdf calcolerà automaticamente il prezzo complessivo offerto per ogni singola voce moltiplicando la quantità per il prezzo unitario indicati dal concorrente;
- b) inserire le voci e le relative quantità che ritiene mancanti, rispetto a quanto previsto negli elaborati grafici e nel capitolato speciale, nonché negli altri documenti che è previsto facciano parte del contratto, alle quali applica i prezzi unitari che ritiene di offrire".

14. Il provvedimento di esclusione disposto a carico del RTI ricorrente è motivato sul rilievo dell'avvenuta erronea presentazione, da parte dello stesso, del documento Lista lavorazioni e forniture di cui all'Allegato economico nella vecchia versione, anziché in quella sostituita dalla lettera di invito del 5.4.2017.

Più precisamente, il R.T.I. D.H. avrebbe compilato ed inserito nella Busta economica il modello interattivo denominato "NT41864_Lista_MUNIC_(omissis)" (di seguito, per semplicità "Prima Lista Categorie" in luogo del documento "NEW_LISTA (omissis) NT41864.pdf" (di seguito, per semplicità, "Seconda Lista Categorie").

15. Alla luce di tali circostanze di fatto, il provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante risulta viziato per difetto di proporzionalità e violazione di legge.

Come si è già evidenziato, la gara di che trattasi era da aggiudicare a "corpo". In siffatta tipologia di appalti il corrispettivo è determinato in una somma fissa e invariabile derivante dal ribasso offerto sull'importo a base d'asta.

Elemento essenziale della proposta economica è, quindi, il solo importo finale offerto, mentre i prezzi unitari indicati nel c.d. elenco prezzi, tratti dai listini ufficiali (che possono essere oggetto di negoziazione o di sconti sulla base di svariate circostanze), hanno un valore meramente indicativo delle voci di costo che hanno concorso a formare il detto importo finale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2018, n. 5161; Cons. Stato, sez. V, 3 aprile 2018, n. 2057).

Ne consegue che le indicazioni contenute nel c.d. elenco prezzi sono destinate a restare fuori dal contenuto essenziale dell'offerta e quindi del contratto da stipulare. Ciò, peraltro, trova conferma nell'art. 59, comma 5, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il quale (riproducendo l'analoga norma contenuta nell'art. 53, comma 4, d.lgs. 12 aprile 2016, n. 163) stabilisce che: "per le prestazioni a corpo il prezzo convenuto non può variare in aumento o in diminuzione, secondo la qualità e la quantità effettiva dei lavori eseguiti" (cfr., in relazione all'analoga previsione del previgente Codice dei contratti pubblici, Cons. Stato, sez. VI, 4 gennaio 2016, n. 15).

In definitiva, pertanto, negli appalti a corpo in cui la somma complessiva offerta copre l'esecuzione di tutte le prestazioni contrattuali, l'elenco prezzi analitico risulta irrilevante (Cons. Stato, V, 3 aprile 2018, n. 2057; Cons. Stato, sez. VI, 4 gennaio 2016, n. 15; Cons. Stato, VI, 4 agosto 2009, n. 4903; Cons. Stato, sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 963).

Non ha pregio, in senso contrario, la tesi della stazione appaltante secondo cui nel caso di specie la *lex specialis* (e la norma regolamentare in essa richiamata) avrebbe previsto, a pena di esclusione, l'utilizzo del modulo predisposto dall'Amministrazione per l'indicazione dei prezzi. Ove, invece, la *lex specialis* (e la *lex dispositiva*)

norma regolamentare) venisse interpretata in questi termini (nel senso cioè di aver previsto a pena di esclusione, per lavori da aggiudicarsi a corpo, l'utilizzo di un determinato elenco predisposto dall'Amministrazione) la relativa previsione non sfuggirebbe alla comminatoria di nullità di cui all'art. 83, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016, che, come è noto, stabilisce la nullità delle clausole che introducono cause di esclusione ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge. E ciò vale anche per la previsione regolamentare che, se interpretata nei termini sostenuti dalle Amministrazioni resistenti, si porrebbe in insanabile contrasto con un principio fondamentale della legislazione statale in materia di affidamento dei contratti pubblici (quello della tassatività delle cause di esclusione, specie in presenza di carenze meramente formali prive di alcuna incidenza sullo svolgimento della gara) dotato di copertura costituzionale e comunitaria, come tale capace di imporsi e prevalere anche rispetto agli enti titolari di potestà legislativa primaria (il che consente di superare le difese svolte dalla P.A.T. nell'ultima memoria depositata in vista dell'odierna udienza di discussione).

La norma regolamentare, pertanto, se interpretata nel senso sostenuto dalle Amministrazioni resistenti andrebbe disapplicata in quanto illegittima, senza che possa risultare ostativa la circostanza che essa non è stata specificamente impugnata nel ricorso di primo grado: è sufficiente richiamare, a tal proposito, il consolidato orientamento giurisprudenziale che esclude l'onere di impugnazione del regolamento illegittimo, riconoscendo al giudice amministrativo il potere di disapplicarlo anche d'ufficio.

16. Va, peraltro, rilevato che nel senso della illegittimità della sanzione espulsiva collegata al mancato utilizzo della "Lista lavorazioni" predisposta dalla P.A.T., questa Sezione si è già pronunciata, in fattispecie analoga, con la sentenza 17 luglio 2018, n. 4395, nella quale si afferma espressamente che "non esiste alcuna norma di legge che consenta di sanzionare con l'esclusione il mancato utilizzo di un modulo predisposto dalla stazione appaltante per la redazione dell'offerta economica (nella fattispecie si trattava dell'allegato avente ad oggetto la "Lista delle lavorazioni e delle forniture")", con l'ulteriore precisazione secondo cui "diversamente da quanto ritenuto dal Tribunale la possibilità di disporre l'espulsione in relazione a fattispecie come quella per cui è causa non può trovare giustificazione nell'art. 57 del d.P.P. 11 maggio 2012, n. 9-84/Leg. ("Regolamento di attuazione della legge provinciale 10 settembre 1993, n. 26 concernente "Norme in materia di lavori pubblici di interesse provinciale e per la trasparenza negli appalti" e di altre norme provinciali in materia di lavori pubblici"). Tale disposizione ha, infatti, natura regolamentare e non legislativa".

17. Giova ancora evidenziare che, nel caso di specie, i due modelli (quello utilizzato dall'appellante e il secondo predisposto dall'Amministrazione) differiscono solo per due voci (la voce n. 414 e la voce n. 18): l'appellante ha comunque corretto la quantità stimata per la voce 414 indicando un valore corrispondente a quello indicato nella seconda Lista. L'unica differenza riguarderebbe la voce 18 (sistemazioni in rilevato mq) dove la prima lista indica un valore di 60,46 e la seconda un valore di 62,46 (ma si tratta di uno scostamento del tutto marginale nell'economia dell'appalto e tale da non giustificare il provvedimento di esclusione).

18. Alla luce delle considerazioni che precedono l'appello deve essere accolto e, pertanto, in riforma della sentenza appellata, deve disporsi l'annullamento dei provvedimenti impugnati in primo grado.

Omissis

Commento

La vicenda

In data 2 gennaio 2019 la Quinta Sezione del Consiglio di Stato si è pronunciata nuovamente sulla questione della rilevanza del c.d. elenco prezzi presentato in sede di offerta economica di una gara di appalto da aggiudicarsi “a corpo”.

Al fine di comprendere le ragioni poste a fondamento della decisione, risulta opportuno ricapitolare i termini essenziali della vicenda che ha dato origine alla *querelle* giuridica sottoposta al Collegio.

La P.A.T. aveva indetto una procedura negoziata per l'affidamento di un appalto di lavori “a corpo”. Il criterio di aggiudicazione era stato individuato nel prezzo più basso determinato mediante offerta a prezzi unitari ai sensi dell'art. 16, comma 3, l.p. 2/2016⁽¹⁾, secondo le modalità procedurali di cui all'art. 57⁽²⁾ e del Titolo IV, Capo V del Regolamento di attuazione della l.p. n. 26/1993.

Ai fini della presentazione dell'offerta economica, la *lex specialis* di gara poneva l'obbligo – a pena di esclusione – di compilare il modulo fornito dall'amministrazione aggiudicatrice e denominato “*Lista delle lavorazioni e delle forniture*”, mediante indicazione del prezzo unitario offerto per ogni singola voce del modulo. Successivamente, essendo sorta la necessità di modificare due voci della “*Lista delle lavorazioni e delle forniture*”, la Provincia sostituiva tale lista con una seconda lista delle lavorazioni, specificando che tutti i concorrenti – sempre a pena di esclusione – avrebbero dovuto presentare l'offerta economica compilando la seconda lista delle lavorazioni e che anche le imprese che *medio tempore* avessero inviato la propria offerta avrebbero dovuto presentarne una nuova.

.....
(1) L'art. 16, comma 3, l.p. 2/2016, rubricato “*Criteri di aggiudicazione*”, dispone che “*gli appalti di lavori pubblici d'interesse provinciale d'importo inferiore a 2.000.000 di euro possono essere aggiudicati con il criterio del prezzo più basso. In questi casi il prezzo è determinato mediante il sistema dell'offerta a prezzi unitari o con il sistema del prezzo più basso, stabilito mediante il massimo ribasso sull'importo posto a base dell'appalto. [...]*”.

(2) L'art. 57 del Regolamento di attuazione della l.p. n. 26/1993, rubricato “*Aggiudicazione al prezzo più basso determinato mediante offerta a prezzi unitari*” prevede quanto segue:

“1. Se [...] la procedura negoziata è aggiudicata con il metodo dell'offerta a prezzi unitari, alla lettera d'invito è allegata la lista delle lavorazioni e forniture previste per la esecuzione dell'opera o dei lavori [...]. 2. Nel termine fissato nella lettera di invito [...] i concorrenti rimettono all'amministrazione aggiudicatrice, unitamente agli altri documenti richiesti, la lista di cui al comma 1 [...]. 5. Nel caso di [...] appalti i cui corrispettivi sono stabiliti esclusivamente a corpo ovvero a corpo e a misura, la lista delle quantità relative alla parte dei lavori a corpo posta a base di gara ha effetto ai soli fini dell'aggiudicazione [...]. L'offerta va inoltre accompagnata, a pena di inammissibilità, dalla dichiarazione di presa d'atto che l'indicazione delle voci o delle quantità non ha effetto sull'importo complessivo dell'offerta che, seppure determinata attraverso l'applicazione dei prezzi unitari offerti alle quantità delle varie lavorazioni, resta fisso ed invariabile. 6. Comporta l'esclusione automatica dell'offerta il mancato utilizzo del modulo fornito dall'amministrazione aggiudicatrice per l'indicazione dei prezzi, la mancata indicazione di uno o più prezzi unitari [...] con le modalità sopra indicate [...]”.

Il rti D.H. veniva escluso dalla procedura per aver presentato la propria offerta economica compilando la prima versione della “*Lista delle lavorazioni e delle forniture*” anziché la seconda e ultima versione della stessa, da utilizzarsi a pena di esclusione in quanto erano state modificate due voci.

Il provvedimento di esclusione del rti D.H. veniva allora impugnato innanzi al Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento, che tuttavia ne confermava la legittimità alla luce dell’art. 57, comma 6, del Regolamento di attuazione della l.p. n. 26/1993, secondo cui “*comporta l’esclusione automatica dell’offerta il mancato utilizzo del modulo fornito dall’amministrazione aggiudicatrice per l’indicazione dei prezzi*”. La sentenza del TRGA evidenziava inoltre, *ad abundantiam*, come la sanzione espulsiva, oltre ad essere prevista dal predetto art. 57, fosse stata espressamente confermata anche dalla *lex specialis* di gara.

Tale sentenza veniva impugnata in appello dinanzi al Consiglio di Stato che, riformando la statuizione del giudice di *prime cure*, disponeva l’annullamento del provvedimento di esclusione, considerando lo viziato per difetto di proporzionalità e violazione di legge.

Offerta economica negli appalti a corpo: irrilevanza dell’elenco prezzi

In via preliminare è utile soffermarsi sulla natura dell’appalto in esame che, come anticipato, era da aggiudicare “a corpo”, nonché sulla differenza tra appalto “a corpo” e appalto “a misura”.

Citando le definizioni codicistiche⁽³⁾, l’appalto è a corpo “*qualora il corrispettivo contrattuale si riferisce alla prestazione complessiva come eseguita e come dedotta dal contratto*”, mentre è a misura “*qualora il corrispettivo contrattuale viene determinato applicando alle unità di misura delle singole parti del lavoro eseguito i prezzi unitari dedotti in contratto*”.

Come si evince dalle due definizioni, la principale differenza tra le suddette tipologie di appalto concerne la modalità di quantificazione del corrispettivo, come altresì confermato dal disposto dell’art. 59, c. 5-bis, d.lgs. n. 50/2016, a mente del quale “*per le prestazioni a corpo il prezzo offerto rimane fisso e non può variare in aumento o in diminuzione, secondo la qualità e la quantità effettiva dei lavori eseguiti*”. Per converso, “*per le prestazioni a misura il prezzo convenuto può variare, in aumento o in diminuzione, secondo la quantità effettiva dei lavori eseguiti*”.

.....

(3) Contenute nell’art. 3, comma 1, lett. dddd) ed eeee), d.lgs. 50/2016.

Chiarita la natura dell'appalto oggetto del contendere, in primo luogo il Collegio ha rammentato che negli appalti a corpo il corrispettivo è determinato in una somma fissa e invariabile derivante dal ribasso offerto sull'importo a base d'asta. Analogamente a quanto sostenuto in altre pronunce recenti⁽⁴⁾, i giudici di Palazzo Spada hanno ribadito, quindi, che elemento essenziale dell'offerta economica è il solo importo finale offerto, mentre i prezzi unitari indicati nel c.d. elenco prezzi, tratti dai listini ufficiali (che possono essere oggetto di negoziazione o di sconti sulla base di svariate circostanze), hanno un valore meramente indicativo delle voci di costo che hanno concorso a formare l'importo finale.

Le indicazioni contenute nel c.d. elenco prezzi – prosegue il Collegio – sono destinate a restare fuori dal contenuto essenziale dell'offerta e quindi del contratto da stipulare⁽⁵⁾, come peraltro confermato testualmente dall'art. 59, comma 5-bis, d.lgs. n. 50/2016, secondo cui *“per le prestazioni a corpo il prezzo offerto rimane fisso e non può variare in aumento o in diminuzione, secondo la qualità e la quantità effettiva dei lavori eseguiti”*⁽⁶⁾.

In definitiva, conclude il Consiglio di Stato, negli appalti a corpo in cui la somma complessiva offerta copre l'esecuzione di tutte le prestazioni contrattuali, l'elenco prezzi analitico risulta irrilevante⁽⁷⁾.

Si precisa che tale conclusione, sebbene riferita nel caso specifico solo al c.d. elenco prezzi, può essere estesa anche al c.d. computo metrico estimativo, documento che descrive le quantità e i conseguenti prezzi stimati per ciascuna lavorazione. Sul punto si richiama l'orientamento consolidato del Consiglio di Stato, pronunciatosi da ultimo anche con una recentissima sentenza⁽⁸⁾, secondo cui negli appalti a

.....
(4) *Ex pluribus*, Cons. Stato, n. 5161/2018, secondo cui *“nelle gare da aggiudicare a «corpo», il corrispettivo è determinato in una somma fissa e invariabile derivante dal ribasso offerto sull'importo a base d'asta. Elemento essenziale della proposta economica è, quindi, il solo importo finale offerto, mentre i prezzi unitari indicati nel comma d. elenco prezzi, tratti dai listini ufficiali (che possono essere oggetto di negoziazione o di sconti sulla base di svariate circostanze), hanno un valore meramente indicativo delle voci di costo che hanno concorso a formare il detto importo finale”*. In senso analogo, cfr. Cons. Stato, n. 2057/2018.

(5) In termini, cfr. Cons. Stato, n. 9246/2012, secondo cui *“nel caso di appalto «a corpo», nel quale il corrispettivo è determinato in una somma fissa e invariabile, [...] ciò che conta è solo il prezzo finale che, quando è accettato, è vincolante per l'appaltatore, mentre il richiamo ai prezzi unitari e ai calcoli contenuti nel computo metrico ha valore di semplice traccia indicativa delle modalità di formazione del prezzo globale che è destinata a restare fuori dal contenuto del contratto”*. In senso analogo, cfr. T.A.R. Lazio, Roma, n. 9292/2014.

(6) Sull'irrilevanza dell'elenco prezzi rispetto al contenuto di un contratto d'appalto a corpo cfr. RUBINO e IUDICA, *Appalto*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1992, 213.

(7) *Ex pluribus*, Cons. Stato, n. 2057/2018, cit., secondo cui *“negli appalti a corpo in cui la somma complessiva offerta copre l'esecuzione di tutte le prestazioni contrattuali, l'elenco prezzi analitico contenuto nel computo metrico estimativo risulta del tutto irrilevante”*; in senso analogo, cfr. Cons. Stato, n. 6119/2018; Cons. Stato, n. 15/2016; Cons. Stato, n. 963/2015; Cons. Stato, n. 4903/2009.

(8) Cons. Stato, n. 1143/2019.

corpo il computo metrico estimativo risulta irrilevante al fine di determinare il contenuto dell'offerta economica. Difatti il computo metrico estimativo non integra un elemento essenziale del futuro contratto di appalto, avendo la sola finalità di "*agevolare lo studio dell'intervento*", vale a dire di consentire alla stazione appaltante di verificare la completezza e la precisione dell'offerta⁽⁹⁾.

Dal principio di diritto enunciato dal Supremo Consesso amministrativo è possibile evincere alcune conseguenze applicative che, sebbene non espressamente trattate nel testo della sentenza in commento, trovano conforto in alcuni precedenti giurisprudenziali.

Anzitutto è possibile ritenere che l'elenco prezzi analitico, non essendo un elemento essenziale dell'offerta economica di un appalto a corpo, sia altresì irrilevante ai fini della valutazione dell'anomalia dell'offerta stessa. Pertanto, un'eventuale discrasia tra il prezzo complessivo offerto dal concorrente e la sommatoria dei prezzi unitari non può costituire sintomo di anomalia dell'offerta⁽¹⁰⁾.

Al contrario, l'elenco prezzi, pur rimanendo estraneo al contenuto del contratto da stipulare, potrebbe assumere una certa rilevanza in fase di esecuzione del contratto in caso di varianti in corso d'opera. Per quantificare il prezzo delle varianti è infatti necessario conoscere il prezzo analitico per le singole voci, onde applicarlo alle lavorazioni poste in essere in variante. E il prezzo analitico da applicare per le singole voci può essere desunto proprio dall'elenco prezzi, quantomeno nelle ipotesi in cui la presentazione dello stesso da parte dei concorrenti sia imposta dalla *lex specialis* di gara. È bene tuttavia precisare che il corrispettivo per le varianti deve determinarsi in ogni caso secondo i prezzi di contratto, da intendersi non come i prezzi unitari posti a base di gara, bensì come quelli offerti dall'aggiudicatario e poi inseriti nel contratto (al netto del ribasso percentuale offerto in gara)⁽¹¹⁾.

Illegittimità dell'esclusione per il mancato utilizzo di un modulo predisposto dalla stazione appaltante per la redazione dell'offerta economica

Un altro aspetto di particolare interesse speculativo è quello affrontato dalla pronuncia in esame nella parte in cui il Consiglio di Stato ha respinto l'eccezione della stazione appaltante, avallata dal giudice di

.....
(9) *Ex pluribus*, Cons. Stato, n. 1143/2019, *cit.* In senso analogo, *cf.* Cons. Stato n. 6119/2018, *cit.*; Cons. Stato n. 2057/2018, *cit.*

(10) In termini, Cons. Stato, n. 2057/2018, *cit.*, secondo cui "*la riscontrata discrasia tra il prezzo offerto dall'aggiudicatario e la sommatoria dei prezzi unitari indicati nel CME dalla medesima allegato al progetto, non può costituire sintomo di anomalia dell'offerta*".

(11) *Ex multis*, Cons. Stato, n. 963/2015, *cit.*; in senso analogo, *cf.* Cons. Stato, n. 4903/2009, *cit.*

primo grado, secondo cui la *lex specialis* di gara e l'art. 57, comma 6, del Regolamento di attuazione della l.p. n. 26/1993 (richiamato dalla *lex specialis*) avrebbero previsto, a pena di esclusione, l'utilizzo della "*Lista delle lavorazioni e delle forniture*" fornita dalla stazione appaltante per l'indicazione dei prezzi. Come anticipato, il Consiglio di Stato ha ritenuto che il provvedimento di esclusione fosse viziato per difetto di proporzionalità e violazione di legge.

Ebbene, quanto alla violazione di legge, il giudice d'appello ha respinto la suindicata eccezione in quanto contraria al disposto dell'art. 83, comma 8, d.lgs. 50/2016, secondo cui "*i bandi e le lettere di 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*".

Infatti, ove la norma del sopracitato regolamento venisse interpretata nel senso di legittimare l'esclusione dell'operatore che non abbia utilizzato la lista delle lavorazioni predisposta dall'amministrazione aggiudicatrice, essa si porrebbe in insanabile contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione⁽¹²⁾ dotato di copertura costituzionale e comunitaria, come tale capace di prevalere anche rispetto agli enti titolari di potestà legislativa primaria. Pertanto, richiamando il consolidato orientamento giurisprudenziale formatosi sul punto⁽¹³⁾, i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto possibile procedere alla disapplicazione d'ufficio della norma regolamentare, pur in assenza di una specifica impugnazione da parte dei ricorrenti⁽¹⁴⁾.

Del pari, il Consiglio di Stato ha specificato che, ove la clausola della *lex specialis* di gara venisse letta nel senso di aver introdotto una causa di esclusione ulteriore rispetto a quelle previste dalla legge, la relativa previsione non sfuggirebbe alla comminatoria di nullità ex art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016.

Non solo. La Quinta Sezione del Consiglio di Stato, a fondamento delle proprie conclusioni, ha altresì richiamato un precedente analogo, in cui la medesima Sezione aveva affermato che "*non esiste alcuna norma di legge che consente di sanzionare con l'esclusione il mancato*

.....

(12) Per un approfondimento sul principio di tassatività cfr. GILIBERTI, *La tassatività delle cause di esclusione - L'art. 46 comma 1 bis d.lgs. 16 aprile 2006 n. 163*, in *Foro amm. T.A.R.*, fasc.3, 2013, 1057 ss..

(13) *Ex pluribus*, Cons. Stato, n. 154/1992, sentenza storica con cui i giudici di Palazzo Spada hanno riconsiderato la possibilità di disapplicare i regolamenti illegittimi, superando il rigido orientamento tradizionale che escludeva, quasi in assoluto, l'ammissibilità di tale possibilità. In senso analogo, cfr. Cons. Stato, n. 1169/2009; Cons. Stato, n. 2750/2003.

(14) Per un approfondimento sulla posizione della giurisprudenza e della dottrina in merito alla disapplicazione dei regolamenti cfr. FURNO, *La disapplicazione dei regolamenti alla luce di più recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali*, in *Federalismi.it - Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 27.11.2017.

utilizzo di un modulo predisposto dalla stazione appaltante per la redazione dell'offerta economica" e che "la possibilità di disporre l'espulsione [...] non può trovare giustificazione nell'art. 57. [...] Tale disposizione ha, infatti, natura regolamentare e non legislativa"⁽¹⁵⁾.

Quanto poi al difetto di proporzionalità, esso è stato riscontrato nella seguente circostanza; la lista delle lavorazioni utilizzata dal ricorrente si discostava dalla seconda lista delle lavorazioni fornita dalla Provincia soltanto per due voci; il ricorrente aveva peraltro corretto una delle due voci; e l'unica differenza tra le due liste della lavorazioni avrebbe riguardato una sola voce per un importo di soli due euro.

Per tali ragioni, ad avviso del Collegio lo scostamento sopra descritto avrebbe avuto carattere del tutto marginale nell'economia dell'appalto e tale da non giustificare il provvedimento di esclusione, da considerarsi dunque viziato anche per difetto di proporzionalità.

La conclusione cui è pervenuto il Consiglio di Stato, oltre ad essere coerente con il dato letterale dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, ben si concilia con la *ratio* ispiratrice del principio di tassatività delle cause di esclusione, che, come noto, è stato introdotto nell'ordinamento italiano con la finalità, *inter alia*, di "limitare le numerose esclusioni che avvengono sulla base di elementi formali e non sostanziali"⁽¹⁶⁾ e di "garantire un concreto rispetto dei principi di massima partecipazione e di concorrenza nelle procedure di gara, evitando che le esclusioni possano essere disposte a motivo della violazione di prescrizioni meramente formali"⁽¹⁷⁾.

.....

(15) In termini, Cons. Stato, n. 4395/2018.

(16) In termini, *Relazione illustrativa al Decreto Sviluppo*, 4357 AC, 13/05/2011, 9.

(17) In termini, AVCP, *Schema di determinazione - "BANDO-QUADRO" - Indicazioni per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici*, 5.

