

Pubblicato il 20/08/2021

N. 05959/2021REG.PROV.COLL.
N. 08219/2020 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

sul ricorso in appello numero di registro generale 8219 del 2020, proposto da Edil Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Davide De Vivo e Michele Di Donna, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Foggia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Puzio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Edil Gieffe s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Nino Sebastiano Matassa e Rosa Volse, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Sezione Prima) n. 00991/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Foggia e della Edil Gieffe s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza del giorno 27 maggio 2021 il Cons. Alberto Urso e preso atto del deposito delle note d'udienza ai sensi dell'art. 25 d.l. n. 137 del 2020, conv. in l. n. 176 del 2020, e dell'art. 4 d.l. n. 28 del 2020, conv. in l. n. 70 del 2020 da parte degli avvocati De Vito, Di Donna, Matassa e Volpe, dei quali è data la presenza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato il 24 maggio 2019 il Comune di Foggia indiceva procedura di gara per l'affidamento dell'appalto dei lavori di recupero dell'area su cui insiste il rudere della ex scuola Manzoni per la realizzazione di una struttura polifunzionale di quartiere.

2. Giusta verbale del 4 ottobre 2019, la commissione di gara escludeva dalla procedura la concorrente Edil Costruzioni s.r.l. per ritenuta irregolarità e incompletezza della documentazione economico-temporale (di cui alla "busta C") prevista dalla *lex specialis*, atteso che il prescritto "*computo metrico allegato all'offerta economica non [era] estimativo in quanto non riporta[va] né gli importi unitari per ciascuna lavorazione né l'importo totale, risultando in contrasto con l'art. 19.3.2 del disciplinare di gara*".

Col medesimo verbale la commissione "*aggiudica[va] provvisoriamente*" la gara in favore dell'Ati capeggiata dalla Gieffe s.r.l.

3. Avverso tale provvedimento e gli atti correlati - inclusa la *lex specialis in parte qua* - proponeva ricorso la Edil Costruzioni.

4. Il Tribunale amministrativo adito, nella resistenza del Comune di Foggia e della Edil Gieffe respingeva il ricorso.

5. Ha proposto appello avverso la sentenza la Edil Costruzioni deducendo:

I) *error in iudicando*: erroneità della sentenza per violazione dell'art. 59, comma 5-*bis* e 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, trattandosi di appalto da aggiudicarsi “a corpo”;

II) *error in iudicando*: erroneità della sentenza stante la nullità della clausola *excludendi* prevista al punto 19.3.2 del disciplinare di gara per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016.

6. Resistono all'appello il Comune di Foggia e la Gieffe Costruzioni chiedendone la reiezione.

7. All'udienza del 27 maggio 2021, tenuta con modalità da remoto, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Col primo motivo l'appellante censura la sentenza per aver respinto il ricorso di primo grado trascurando che, venendo in rilievo nella specie un appalto cd. “a corpo”, il cui prezzo è invariabile *ex art.* 59, comma 5-*bis*, d.lgs. n. 50 del 2016 incluse le migliori offerte, il computo metrico estimativo costituisce un documento in realtà irrilevante ai fini della determinazione del contenuto dell'offerta, e ha una funzione meramente illustrativa e confermativa del ribasso fisso e invariabile offerto.

Per questo, il documento non può assumere rilievo neppure ai fini del vaglio degli impegni economici dell'impresa, né della serietà dell'offerta, cui è preposto l'apposito procedimento di verifica dell'anomalia da tenersi con le relative modalità incentrate sull'interlocuzione fra la stazione appaltante e l'operatore.

D'altra parte, proprio in quanto non rientrante nell'effettivo contenuto dell'offerta, l'elemento avrebbe ben potuto essere ammesso a soccorso istruttorio, essendo comunque presente nell'offerta il computo metrico analitico (non stimativo) anziché quello estimativo.

1.1. Col secondo motivo l'appellante censura il rigetto della doglianza relativa alla nullità della clausola di cui all'art. 19.3.2 del disciplinare di gara - che

prevede l'esclusione in caso di mancata allegazione del suddetto computo metrico estimativo - deducendo l'erroneità dell'assunto fatto proprio al riguardo dal giudice di primo grado, e cioè che l'elemento del computo metrico estimativo sarebbe essenziale per lo svolgimento della gara, quando invece così non è, trattandosi appunto di mero documento illustrativo a fronte della configurazione "a corpo" dell'appalto.

1.2. I motivi, che possono essere esaminati congiuntamente per connessione, sono infondati.

1.2.1. Occorre premettere che il disciplinare di gara è chiaro nel richiedere il computo metrico estimativo fra i documenti d'offerta, in specie quale documento facente parte dell'offerta economica e temporale (cfr. l'art. 19.3, a tenore del quale "L'Offerta economica e temporale' [doveva] essere costituita, a pena di esclusione, dai seguenti elementi: [...] 2. COMPUTO METRICO ESTIMATIVO relativo alle migliorie proposte, a pena di esclusione, firmato digitalmente [...]").

È altrettanto pacifico che nella specie il documento non è stato allegato dalla Edil Costruzioni, che ha accluso all'offerta economica il solo computo analitico, non anche quello estimativo: di qui la sua esclusione dalla gara giusta verbale della commissione impugnato dall'odierna appellante insieme con gli atti presupposti e consequenziali e con la *lex specialis* di gara *in parte qua*.

Sostiene al riguardo l'appellante l'illegittimità di tale determinazione amministrativa per le ragioni suindicate, trattandosi in specie di appalto a corpo a prezzo invariabile rispetto al quale il computo metrico estimativo non partecipa in alcun modo all'offerta; esso non assume peraltro rilievo - precisa l'appellante nelle proprie difese - neanche a fini valutativi giacché nessuno dei criteri lo prende in considerazione.

1.2.2. Dall'esame dei documenti di gara emerge che effettivamente l'appalto oggetto di affidamento configura un appalto "a corpo".

Ciò si desume chiaramente dall'art. 3.7 del bando, che prevede quale "Modalità di determinazione del corrispettivo" proprio quella del "corrispettivo a corpo, ai sensi

dell'art. 59, comma 5-bis, del D.lgs. n. 50/16 e s.m.i e dell'art. 43 comma 6 del D.P.R. n. 207/2010”.

Non assume rilievo, in senso contrario, l'art. 8 disciplinare, a tenore del quale “[...] *Ai sensi dell'articolo 148, co. 1 e 6, del Codice dei Contratti, il contratto sarà stipulato a corpo e a misura*”.

Da un lato, infatti, per costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, in caso di eventuale difformità fra i documenti di gara, il bando ha prevalenza sugli altri (cfr., su tutte, Cons. Stato, III, 3 marzo 2021, n. 1804 e richiami *ivi*; Id., III, 18 ottobre 2018, n. 5968; V, 9 ottobre 2015, n. 4684); dall'altro la clausola del disciplinare presenta un contenuto generico, e non specifica - né la controinteressata, che espressamente la richiama, ciò precisa - in che termini e in forza di quali criteri l'appalto sarebbe “a misura”. Tanto ciò è vero che l'art. 7 del contratto effettivamente stipulato con la Edil Gieffe stabilisce un corrispettivo unitario e predeterminato, dal quale non è dato desumere che si tratti di corrispettivo “a misura”.

Tanto chiarito, le doglianze formulate dall'appellante sono da ritenere nondimeno infondate per le ragioni di seguito indicate.

1.2.3. Sulla base delle previsioni testuali del disciplinare non v'è dubbio che il computo metrico estimativo rientri fra i documenti costituenti l'offerta economica e temporale a tenore del suindicato art. 19.3.2.

In tale contesto, il ruolo così assegnato al documento non può ritenersi inficiato dal solo fatto che si tratti in specie di un appalto a corpo, il cui corrispettivo è predeterminato, e che d'altra parte il documento d'offerta non sia abbinato ad alcuno specifico criterio valutativo per l'attribuzione dei punteggi.

A ben vedere, s'è in presenza infatti d'un obiettivo strumento di apprezzamento - sotto il profilo economico, muovendo da quello tecnico - delle migliorie proposte dal concorrente, rispetto alle quali il documento vale a porre un collegamento fra i profili tecnici ed economici che la stazione appaltante può ben avere interesse ad apprezzare, anche in assenza di un

puntuale criterio valutativo di riferimento (cfr., al riguardo, Cons. Stato, V, 27 aprile 2021, n. 3405, in cui si afferma che la disposizione della *lex specialis* che richiede l’inserimento a pena di esclusione dell’offerta economica del computo metrico estimativo “*esprime il necessario collegamento sul piano economico tra le ‘migliorie offerte’ (inserite nei diversi elaborati da allegare all’offerta tecnica [...] e il costo imputabile alle proposte migliorative*”; Id., 6 maggio 2019, n. 2909, che qualifica il computo metrico estimativo quale “*indispensabile supporto tecnico del progetto e strumento di valutazione della convenienza economica dell’offerta, oltre che della sua attendibilità, [e che] costituisce requisito essenziale del progetto*”, pur concludendo che la mancata indicazione delle migliorie proposte nel suddetto computo metrico non dà luogo a indeterminatezza dell’offerta).

In tale contesto, la *ratio* sottesa alla previsione è varia e multiforme: da un lato l’acquisire conoscenza immediata del valore degli interventi - in specie migliorativi, rimessi cioè alla proposta del concorrente - con tutto ciò che ne consegue in ordine alla consapevolezza sul valore delle prestazioni, all’assunzione d’informazioni utili a fini esecutivi, all’acquisizione anticipata di elementi di valutazione della congruità dell’offerta; dall’altro il poter apprezzare preventivamente la serietà di quest’ultima.

Né il fatto che manchi un apposito criterio valutativo incentrato sul detto computo metrico estimativo ha di per sé rilievo in senso opposto, atteso che comunque l’elemento assume una rilevante portata “trasversale” nei termini suindicati, anche in considerazione della sua bivalente connotazione tecnico-economica.

D’altra parte, occorre considerare che si tratta invero d’un documento espressamente previsto dalla normativa per l’attività di progettazione (cfr., ad es., gli artt. 24, comma 2, lett. *m*), 32, comma 1, 33, comma 1, lett. *g*), 42, comma 6, d.P.R. n. 207 del 2010, tuttora applicabili ai sensi dell’art. 216, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016; cfr. anche il terzo periodo di tale ultima disposizione, che richiama espressamente il computo metrico estimativo a fini progettuali) e che è qui richiesto in relazione alle migliorie proposte (per le

quali manca, evidentemente, un documento progettuale di dettaglio a base di gara) sicché la stessa sua richiesta e inclusione fra la documentazione d'offerta rientra nelle facoltà della stazione appaltante confluendo in specie in una previsione non irragionevole né sproporzionata, che si pone in sintonia col ruolo e il significato attribuito dalla legge al computo metrico estimativo (cfr., tra l'altro, anche l'art. 32, comma 14-*bis*, d.lgs. n. 50 del 2016, in cui si prevede che «*I capitolati e il computo estimativo metrico, richiamati nel bando o nell'invito, fanno parte integrante del contratto*»).

Alla luce di ciò, il computo metrico estimativo può dunque ben considerarsi un elemento che, pur in presenza d'un appalto a corpo, può rientrare ragionevolmente fra i documenti d'offerta e farne parte, con le finalità e il significato sopra indicati.

Non vale richiamare in senso contrario la giurisprudenza che qualifica il computo metrico estimativo alla stregua di elemento inessenziale per l'offerta nell'ambito degli appalti a corpo, per i quali il corrispettivo è predeterminato e invariabile: a ben vedere si tratta di pronunce che esaminano la questione sotto altre prospettive, segnatamente per escludere che le difformità fra detto computo metrico e l'offerta, ovvero rispetto ai documenti della *lex specialis*, abbiano rilevanza in sé, tanto meno in termini espulsivi (cfr. Cons. Stato, V, 23 marzo 2018, n. 1851, che peraltro afferma il rilievo del computo metrico rispetto alle varianti; Id., V, 2 gennaio 2019, n. 13; 19 febbraio 2019, n. 1143; 3 settembre 2018, n. 5161; IV, 26 febbraio 2015, n. 963; VI, 4 agosto 2009, n. 4903; in tal senso anche Cass., I, 7 giugno 2012, n. 9246, richiamata dall'appellante), o in cui si chiarisce che è la stessa offerta economica - non già il computo metrico - a individuare l'entità del corrispettivo offerto (Cons. Stato, V, 26 ottobre 2018, n. 6119; cfr. anche Id., V, 3 aprile 2018, n. 2057, in cui peraltro la decisione è assunta sulla base di altro principale argomento, incentrato sull'insussistenza nella specie, nel computo metrico estimativo, della lacuna contenutistica denunciata dall'appellante; VI, 4 gennaio 2016, n. 15, in cui pure la principale questione esaminata è diversa, riguardando la

predisposizione del computo metrico sulla base dei prezzi del precedente prezzario regionale; cfr. anche Id., V, 8 ottobre 2019, n. 6793, anch'essa incentrata su un altro profilo, e cioè quello della non indeterminatezza dell'offerta nonostante l'elemento migliorativo non fosse nella specie valorizzato nell'ambito del computo metrico estimativo e non estimativo; per la distinzione dei piani, rispettivamente, della produzione del documento di computo estimativo in sé e dell'indicazione del valore economico dell'offerta migliorativa, cfr. Cons. Stato, VI, 21 maggio 2013, n. 2726).

Ciò non toglie dunque che - al di là dei principi affermati da tali precedenti - la radicale assenza del computo metrico estimativo richiesto dalla *lex specialis* fra i documenti d'offerta possa condurre all'esclusione del concorrente se comminata dalla stessa *lex specialis*.

1.2.4. Allo stesso modo, non può essere ritenuta nulla per violazione del principio di tassatività delle cause d'esclusione di cui all'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 una clausola - come, nel caso in esame, quella prevista dall'art. 19.3.2 del disciplinare di gara - che richieda in un appalto a corpo l'allegazione del computo metrico estimativo sotto pena di esclusione: una volta chiarito infatti che detto computo metrico rientra nella specie (legittimamente) fra i documenti d'offerta, è altrettanto legittimo sanzionare con l'esclusione la sua mancata allegazione, considerato del resto che - come già posto in risalto - si tratta d'un documento espressamente previsto dalla normativa in relazione alla progettazione (cfr. *retro*, *sub* § 1.2.3), e l'esclusione sancita a carico del concorrente inadempiente all'obbligo di sua presentazione previsto dalla *lex specialis* si risolve semplicemente nel sanzionare in termini espulsivi la violazione d'un comportamento doveroso, in sé conforme alla legge, discendente dalla configurazione dell'offerta (anch'essa legittima e non irragionevole) operata dalla *lex specialis*, esclusione la cui previsione è da ritenere perciò essa stessa non sproporzionata né irragionevole, e dunque valida (Cons. Stato, n. 1143 del 2018 e n. 1851 del 2018, *citt.*, richiamate dall'appellante, affermano la nullità della *diversa* clausola che sanzioni con

l'esclusione l'eventuale difformità fra l'offerta economica e il contenuto del computo metrico; Cons. Stato, V, 3 maggio 2019, n. 2875, invece, da un lato pone in risalto che l'indicazione a pena d'esclusione del costo delle proposte migliorative non è prescritta dalla legge, donde l'impossibile eterointegrazione per tale via della *lex specialis*, dall'altro afferma in via incidentale la nullità di un'eventuale clausola d'esclusione correlata alla mancata indicazione dei costi delle varianti, pur risolvendo la doglianza nella specie sulla base dell'interpretazione in sé della *lex specialis*, ritenuta non contenere una siffatta clausola escludente).

Per le medesime ragioni, non è possibile ammettere il soccorso istruttorio in caso di omessa presentazione di tale computo metrico, proprio perché trattasi di un elemento integrante l'offerta, e come tale non soccorribile ai sensi dell'art. 89, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, pena la (inammissibile) integrazione postuma dei documenti d'offerta.

Di qui l'infondatezza delle doglianze.

2. In conclusione, per le suesposte ragioni l'appello è infondato e va respinto.

2.1. La particolarità della fattispecie e il composito quadro giurisprudenziale su alcune delle questioni trattate giustificano l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

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

Compensa integralmente le spese fra le parti.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2021, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 25 d.-l. n. 137 del 2020, conv. in l. n. 176 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Alberto Urso

IL PRESIDENTE

Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO