

Pubblicato il 27/10/2020

N. 06542/2020REG.PROV.COLL.
N. 01950/2020 REG.RIC.
N. 02170/2020 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 1950 del 2020, proposto da Appalti e Costruzioni Civili s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Ricciardi Federico, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Fap s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Filippo Panizzolo, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, n. 30;

nei confronti

Acquedotto Pugliese s.p.a., Pype Lyne s.p.a., non costituite in giudizio;

sul ricorso in appello numero di registro generale 2170 del 2020, proposto da Acquedotto Pugliese s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Saverio Sticchi Damiani, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Fap s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Filippo Panizzolo, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, n. 30;

nei confronti

Pype Lyne s.p.a., non costituita in giudizio;

Appalti e Costruzioni Civili s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Ricciardi Federico, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

entrambi per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Sezione Terza, n. 00254/2020, resa tra le parti.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Fap s.r.l. in entrambi i giudizi, e della Appalti e Costruzioni Civili s.r.l. nel giudizio r.g. n. 2170 del 2020;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 ottobre 2020 il Cons. Alberto Urso e preso atto delle richieste di passaggio in decisione, senza discussione, depositate dagli avvocati Ricciardi e Panizzolo nel giudizio r.g. n. 1950 del 2020, nonché dagli avvocati Ricciardi, Sticchi Damiani e Panizzolo nel giudizio r.g. n. 2170 del 2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con lettera d'invito del 19 luglio 2019 la Acquedotto Pugliese s.p.a. indiceva una procedura negoziata per l'affidamento dell'appalto dei lavori di realizzazione di allacciamenti di utenza e tronchi idrici e fognari (Ambito 5)

mediante accordo quadro biennale con unico operatore *ex* art. 54, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016.

La *lex specialis* prevedeva l'applicazione del criterio del minor prezzo e del meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale a norma dell'art. 97, comma 2, 2-*bis* e 8, d.lgs. n. 50 del 2016.

2. Successivamente alla elaborazione della graduatoria e all'individuazione della miglior offerta in quella della Fap s.r.l., nei cui confronti venivano disposti i controlli sul rispetto dei minimi salariali *ex* art. 95, comma 10 e 97, comma 5, lett. *d*), d.lgs. n. 50 del 2016, la stazione appaltante escludeva uno dei concorrenti (*i.e.*, la Pype Lyne s.p.a.), così rideterminando la soglia di anomalia e individuando la miglior offerta non anomala in quella della Appalti e Costruzioni Civili s.r.l., concorrente che diveniva nuova prima classificata in graduatoria.

3. Avverso la nota della stazione appaltante del 4 novembre 2019 che aveva comunicato l'esclusione della Pipe Lyne, l'inapplicabilità al caso di specie del principio della cd. "invarianza" della soglia, nonché la rimodulazione della graduatoria in favore della Appalti e Costruzioni proponeva ricorso l'originaria prima classificata Fap s.r.l.

4. Il Tribunale amministrativo adito, nella resistenza della Acquedotto Pugliese e della Appalti e Costruzioni Civili, accoglieva il ricorso, confermando l'originaria posizione in graduatoria della Fap s.r.l.

5. Avverso la sentenza ha proposto appello la Appalti e Costruzioni Civili deducendo *error in procedendo* ed *error in iudicando* in relazione alla violazione dell'art. 120, comma 5, Cod. proc. amm. e all'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016; carenza assoluta di istruttoria; difetto assoluto di motivazione; carenza d'istruttoria e contraddittorietà; violazione degli artt. 3 e 64 Cod. proc. amm.; violazione dell'art.112 Cod. proc. civ.

6. S'è costituita in giudizio la Fap s.r.l. per resistere all'appello, del quale ha chiesto la reiezione, riproponendo anche alcuni profili di censura rimasti

assorbiti in primo grado, mentre, nonostante regolare intimazione, non s'è costituita la Acquedotto Pugliese.

7. Quest'ultima ha proposto peraltro distinto appello avverso la medesima sentenza, deducendo:

I) erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto le eccezioni di tardività e inammissibilità del ricorso di primo grado; violazione dell'art. 120 comma 5, Cod. proc. amm.;

II) erroneità della sentenza nella parte in cui ha accolto la censura di violazione dell'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016;

III) in subordine: erroneità della sentenza nella parte in cui ha condannato Acquedotto Pugliese s.p.a. al pagamento delle spese di lite.

8. Anche in questo giudizio s'è costituita in resistenza la Fap s.r.l. (anche qui riproponendo i suddetti profili di censura rimasti assorbiti in primo grado), mentre la Appalti e Costruzioni Civili, anch'essa costituita, ha chiesto l'accoglimento dell'appello.

9. All'esito dell'udienza pubblica del 15 ottobre 2015, entrambe le cause sono state trattenute in decisione.

DIRITTO

1. Va preliminarmente disposta la riunione degli appelli ai sensi dell'art. 96, comma 1, Cod. proc. amm. in quanto aventi a oggetto la medesima sentenza.

2. Col primo motivo dei rispettivi appelli la Appalti e Costruzioni e la Acquedotto Pugliese si dolgono del rigetto dell'eccezione d'irricevibilità del ricorso sollevata in primo grado sul presupposto che l'impugnata esclusione della Pype Lyne e la conseguente rimodulazione della graduatoria in danno della Fap s.r.l. erano state disposte dalla stazione appaltante già nella seduta di gara del 2 ottobre 2019, alla quale era presente il rappresentante della ricorrente.

Del resto, secondo le appellanti, la piena conoscenza da parte della Fap delle suddette determinazioni assunte dall'amministrazione emergeva dalla lettera di diffida del 7 ottobre 2019, inviata a seguito della detta seduta di gara.

Per tali ragioni, decorrendo il termine d'impugnazione dalla seduta del 2 ottobre 2019, il ricorso di primo grado, notificato solo il 4 dicembre 2019, andava dichiarato irricevibile

2.1. Il motivo non è fondato.

2.1.1. Va premesso che il ricorso di primo grado aveva quale oggetto principale la suddetta nota del 4 novembre 2019 con cui la Acquedotto Pugliese aveva comunicato alla Fap l'intervenuta esclusione dalla gara della Pype Lyne, la conseguente nuova soglia di anomalia e la correlata rimodulazione della graduatoria, precisando di ritenere inapplicabile al caso di specie il principio di cd. "invarianza" delle medie aritmetiche e delle soglie di anomalia.

Deducono le appellanti che le suddette determinazioni censurate dalla Fap erano a questa ben note sin dal 2 ottobre 2019, essendo state assunte dalla stazione appaltante nella relativa seduta di gara cui aveva partecipato il rappresentante della ricorrente.

Deve invece rilevarsi che, pur dovendo darsi atto dell'esistenza di un indirizzo giurisprudenziale che attribuisce rilievo ai fini del decorso del termine per la proposizione del ricorso alla presenza del rappresentante dell'impresa (munito di poteri o di apposita procura) alla seduta di gara (cfr. Cons. Stato, VI, 13 dicembre 2017, n. 5870; 14 dicembre 2014, n. 6156; III, 11 luglio 2016, n. 3026; V, 27 dicembre 2017, n. 6088), un siffatto indirizzo riguarda per lo più il provvedimento d'esclusione del concorrente, rispetto al quale quest'ultimo si trova nella condizione di poter ben percepire i profili di lesività ed eventuale illegittimità (cfr., al riguardo, Cons. Stato, III, 14 giugno 2017, n. 2925); in ogni caso la sua applicazione è mitigata - tanto più per le altre categorie di provvedimenti - richiedendosi la concreta dimostrazione della conoscenza degli atti lesivi e della percezione immediata ed effettiva di tutte le relative irregolarità (cfr. Cons. Stato, III, 27 dicembre 2019, n. 8869; 27 marzo 2018, n. 1902; V, 27 dicembre 2018, n. 7256; 8 giugno 2018, n. 3483).

La stessa Adunanza Plenaria ha recentemente posto in risalto, a proposito del perimetro applicativo del principio di cd. “piena conoscenza o conoscibilità”, che *“il termine di impugnazione comincia a decorrere dalla conoscenza del contenuto degli atti”* (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 2 luglio 2020, n. 12).

Nel caso di specie la determinazione amministrativa adottata nella seduta del 2 ottobre 2019 aveva una struttura complessa e natura composita, includendo l'esclusione della Pype Lyne, l'individuazione della nuova soglia di anomalia - presupposta la non applicazione del principio d'invarianza - e la conseguente rimodulazione della graduatoria.

Ciò posto, in applicazione della giurisprudenza richiamata, solo in presenza di una concreta prova della conoscenza dell'atto e percezione dei relativi profili di lesività e potenziale irregolarità potrebbe ritenersi integrata una situazione idonea a far decorrere il termine per l'impugnazione.

Di siffatte circostanze non vi è però nel caso in esame sicura ed incontrovertibile evidenza, atteso che nulla in ordine alla piena percezione da parte della Fap dell'atto nei termini suindicati emerge dal verbale della seduta di gara; né siffatta percezione può essere desunta dalla lettera di diffida del 7 ottobre 2019, dalla quale non emerge una piena consapevolezza dei provvedimenti adottati dall'amministrazione, essendo anzi la posizione della Fap espressa in termini ipotetici e senza che possa ricavarsi una sicura e piena consapevolezza dell'attività amministrativa compiuta (*“si è [...] di recente appreso che l'AQP avrebbe rilevato che una delle ditte concorrenti avrebbe irregolarmente presentato la sua offerta e che per tale motivo intenderebbe non solo escluderla dalla gara ma anche procedere alla rideterminazione delle medie e, eventualmente, alla graduatoria finale. Tale intendimento, laddove effettivamente perseguito da AQP si porrebbe [...] in [...] contrasto con le prescrizioni dell'art. 95, comma 15, del d.lg. n. 50 del 2016 [...]. Pertanto [...] Vi diffidiamo dal modificare le medie già conteggiate e la graduatoria stilata”*).

La partecipazione del rappresentante della Fap alla seduta del 2 ottobre 2019 e la successiva lettera di diffida inviata dall'interessata possono al più essere apprezzate alla stregua di percezione di un fatto, ma non già in termini di

disponibilità di un atto e percezione della sua lesività (oltreché irregolarità) necessaria ai fini del decorso del termine per l'impugnazione (cfr., al riguardo, Cons. Stato, n. 7256 del 2018, cit.); solo con la successiva nota della Acquedotto Pugliese del 4 novembre 2019 la lesione subita dalla Fap è divenuta chiaramente percepibile e conoscibile dall'interessata.

La doglianza delle appellanti è in conclusione da respingere.

2.2. Deduce in via subordinata l'Acquedotto Pugliese che il ricorso di primo grado sarebbe da ritenere inammissibile in quanto avente a oggetto atti endoprocedimentali non lesivi, non essendo fra gli stessi ricompresa l'aggiudicazione della procedura in favore della Appalti e Costruzioni, unico atto lesivo meritevole d'impugnazione.

2.2.1. Neanche tale doglianza è fondata.

2.2.2. Premesso che non trova applicazione *ratione temporis* l'art. 120, comma 2-bis, Cod. proc. amm., occorre rilevare che l'atto impugnato (*i.e.*, la suddetta nota del 4 novembre 2019) costituisce per la Fap s.r.l. - già individuata dalla stazione appaltante quale prima classificata in graduatoria, nei cui confronti erano perciò in corso i controlli sui costi della manodopera - un arresto procedimentale definitivo pregiudizievole in ordine alla propria non aggiudicazione, con il quale l'amministrazione esprimeva chiaramente la volontà, oltreché di escludere la Pype Lyne e non fare applicazione del principio di cd. "invarianza", anche di approvare una nuova graduatoria di gara.

Il che determina per la posizione soggettiva della Fap una lesione effettiva e immediata, ben passibile d'impugnazione unitamente alla stessa esclusione della Pype Lyne.

3. Con altro profilo dell'unico motivo proposto dalla Appalti e Costruzioni e con il secondo motivo di gravame proposto dalla Acquedotto Pugliese viene censurata la sentenza per aver fatto applicazione del principio dell'invarianza sancito dall'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016.

Deducono le appellanti che siffatto principio, secondo l'elaborazione giurisprudenziale fino ad ora maturata, potrebbe trovare applicazione solo successivamente all'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, e che nel caso di specie, essendo stata disposta l'esclusione della Pype Lyne in un momento anteriore all'aggiudicazione - e rispetto al quale non era comunque ancora conclusa la fase di ammissione e cristallizzazione dei partecipanti - bene avrebbe fatto l'amministrazione a modificare la soglia di anomalia e rimodulare conseguentemente la graduatoria di gara.

3.1. Con speculare motivo di doglianza riproposto ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., la Fap s.r.l. sostiene a sua volta che il principio d'invarianza andrebbe applicato anche alla luce delle previsioni della *lex specialis*, segnatamente del punto 6.2.3 della lettera di invito che ha previsto il meccanismo del cd. "blocco della graduatoria" già all'esito della "*fase amministrativa di prima ammissione*" delle offerte.

3.2. I motivi possono essere esaminati congiuntamente per via della loro stretta connessione; sono fondate le doglianze proposte dalle appellanti, mentre non sono condivisibili le censure riproposte dalla Fap s.r.l.

3.2.1. L'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016 stabilisce che *«ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte»*.

La giurisprudenza ha chiarito che la *ratio* della disposizione è quella di *“paralizzare gli effetti riflessi sulla soglia di anomalia, derivanti da modifiche incidenti a posteriori sul novero degli operatori economici legittimamente partecipanti”*, in particolare al fine di *“evitare che concorrenti non utilmente collocati in graduatoria promuovano giudizi meramente speculativi^[1] e strumentali, e mosse ‘dall’unica finalità, una volta noti i ribassi offerti e quindi gli effetti delle rispettive partecipazioni in gara sulla soglia di anomalia, di incidere direttamente su quest’ultima traendone vantaggio’ (così Cons. Stato, V, 30 luglio 2018, n. 4664, cui aderisce Cons. Stato, V, 2 settembre 2019, n. 6013; cfr. inoltre Cons. Stato, III, 27 aprile 2018, n. 2579)”* (Cons. Stato, V, 12 febbraio

2020, n. 1117). Inoltre, la norma è rivolta a garantire “*continuità alla gara e stabilità ai suoi esiti, onde impedire che la stazione appaltante debba retrocedere il procedimento fino alla determinazione della soglia di anomalia delle offerte, cioè di quella soglia minima di utile al di sotto della quale l’offerta si presume senz’altro anomala, situazione che ingenererebbe una diseconomica dilatazione dei tempi di conclusione della gara correlata a un irragionevole dispendio di risorse umane ed economiche (cfr. Cons. Stato, sez. III, 12 luglio 2018, n. 4286; Id., sez. III, 27 aprile 2018, n. 2579)*” (Cons. Stato, V, 6 aprile 2020, n. 2257).

Proprio perciò “*la stessa norma non può invece essere intesa nel senso di vanificare la tutela giurisdizionale, oggetto di tutela costituzionale (artt. 24 e 113 Cost.), e dunque di precludere le impugnazioni non mosse dal sopra descritto intento emulativo, ma a contestare l’ammissione alla gara di imprese prive dei requisiti di partecipazione o autrici di offerte invalide, che nondimeno abbiano inciso sulla soglia di anomalia determinata in via automatica*”; allo stesso modo, in nome dei principi di buon andamento ed imparzialità dell’attività amministrativa, “*la rettifica della soglia di anomalia derivante dall’illegittima ammissione di imprese prive dei requisiti di partecipazione alla gara deve [...] essere consentita alla stessa stazione appaltante avvedutasi di ciò*” (Cons. Stato, n. 1117 del 2020, cit.).

È stato così precisato il portato applicativo della disposizione, e in particolare l’ambito temporale e procedimentale di sua rilevanza, mettendosi in risalto che la «*fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte*» di cui all’art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016 non può ritenersi conclusa, da un lato “*finché non sia spirato il termine per impugnare le ammissioni e le esclusioni, in modo da consentire alle imprese partecipanti di potere contestare immediatamente dette ammissioni ed esclusioni, laddove esse immediatamente incidano sulla determinazione della soglia e siano, quindi, immediatamente lesive per il concorrente interessato*” (profili, questi, su cui era peraltro previsto in passato un rito *ad hoc* disciplinato dall’art. 120, comma 2-bis e 6-bis, Cod. proc. amm.); dall’altro “*finché la stessa stazione appaltante non possa esercitare il proprio potere di intervento di autotutela ed escludere «un operatore economico in qualunque momento della procedura» (art. 80, comma 6, del d. lgs. n. 50 del*

2016) e, quindi, sino all'aggiudicazione" (Cons. Stato, III, 27 aprile 2018, n. 2579; V, 2 settembre 2019, n. 6013; in relazione all'applicazione della medesima regola nella vigenza dell'art. 38, comma 2-bis, d.lgs. n. 163 del 2006, cfr. Cga, 11 gennaio 2017, n. 14, che indica quale momento iniziale per l'applicazione dell'invarianza l'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva; nello stesso senso Id., 22 dicembre 2015, n. 740).

Allo stesso modo è stato posto in evidenza che il principio non può trovare applicazione nel caso in cui l'individuazione degli operatori ammessi alla gara (e, nella specie, anche l'elaborazione della graduatoria) e la successiva espulsione di alcuni di essi siano avvenute comunque in un contesto temporale e procedurale unitario, benché caratterizzato appunto dalla presenza già di una prima graduatoria di gara (Cons. Stato, n. 1117 del 2020, cit.).

In tal modo viene da un lato designato il provvedimento di aggiudicazione quale momento a partire dal quale le soglie possono ritenersi cristallizzate, dall'altro precisato che in ogni caso le esclusioni, pur successive all'elaborazione della graduatoria, ben incidono sulla soglia di anomalia se adottate nell'ambito di un contesto unitario con la fase di ammissione (ed eventuale contemporanea formazione della graduatoria).

3.2.2. I suindicati principi sono ben applicabili al caso in esame, in cui la rideterminazione della soglia di anomalia in conseguenza della sopravvenuta esclusione della Pype Lyne è stata disposta anteriormente all'aggiudicazione e alcuni giorni dopo lo svolgimento della gara, in un contesto temporale e procedimentale sostanzialmente unitario, in cui poteva perciò (ancora) ben modificarsi la graduatoria in virtù dell'ulteriore esclusione adottata.

Emerge dalla lettura dei verbali di gara che, nel corso della prima seduta del 4 settembre 2019, aveva luogo al contempo l'ammissione dei concorrenti (non disposta con autonomo provvedimento) e l'elaborazione della graduatoria di gara secondo il designato criterio del minor prezzo; la medesima seduta veniva dichiarata sospesa in attesa delle verifiche da eseguire sul costo della

manodopera della prima graduata Fap; nella successiva seduta del 2 ottobre 2019 veniva disposta l'esclusione della Pype Lyne e rimodulata la graduatoria. Le attività della commissione si collocano evidentemente in un contesto procedurale complessivamente unitario, nel quale - anteriormente all'aggiudicazione - la contemporanea ammissione e classificazione delle offerte veniva a svilupparsi nell'arco delle due adunanze: il che ben consentiva la correzione della graduatoria all'esito dell'esclusione della Pype Lyne, venendo in rilievo in specie attività non ancora definitivamente esaurite, con conseguente inapplicabilità della regola di cui all'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016.

Né può condurre a diversa conclusione l'invocare la natura del vizio escludente fatto valere dall'amministrazione, valorizzando in specie la circostanza che questo afferisca all'offerta e si collochi perciò al di là della fase relativa alle ammissioni ed esclusioni.

Una volta definita la *«fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte»* in funzione del momento e segmento procedimentale di riferimento - cioè, se anteriore o no al provvedimento di aggiudicazione, e caratterizzato da unitarietà con quello ammissivo (in specie, peraltro, esso stesso congiunto con l'elaborazione della graduatoria) - non rileva la tipologia di vizio che, nell'ambito di quel segmento, sia fatto valere dall'amministrazione ai fini dell'adozione del provvedimento di esclusione: benché disposta per vizio dell'offerta, l'esclusione anteriore all'aggiudicazione e collocata in un contesto procedurale unitario con lo svolgimento della gara si pone infatti pur sempre nella fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte, e come tale è idonea a incidere sulle medie e soglie di anomalia.

3.2.3. In senso inverso non rileva neppure il richiamo - valorizzato dalla Fap s.r.l. con il motivo di doglianza riproposto - alla previsione del punto 6.2.3 della lettera d'invito, secondo la quale *“ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase amministrativa di*

prima ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte".

Come reso palese dall'*incipit* della clausola (*"in conformità all'art. 95 comma 15"*) essa si limita infatti a riportarsi alla disciplina di legge, dovendo perciò la richiamata *"prima ammissione"* essere ricondotta entro il consueto (e più ampio) concetto di *«ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte»* la cui *«fase»* - comprensiva anche delle rispettive vicende degli atti - non poteva nella specie ritenersi conclusa per le ragioni suindicate.

3.2.4. In considerazione di ciò, gli appelli si rivelano fondati, dovendo essere riformata la sentenza nella parte in cui fa erroneamente applicazione del principio di invarianza nonostante non ve ne fossero i presupposti.

3.3. Non sono suscettibili di favorevole apprezzamento neanche i riferimenti che la Fap s.r.l. rivolge all'illegittimità dell'esclusione della Pype Lyne (richiamata peraltro *"al solo fine di evidenziare la funzione di garanzia che la regola dell'invarianza riveste"*, e *"a prescindere dalla legittimità o meno dell'esclusione Pype Lyne"*), esclusione che - come posto in risalto dalla Appalti e Costruzioni e dalla Acquedotto Pugliese con speculari deduzioni prospettate nei rispettivi appelli, sostenendo in specie la legittima esclusione della Pype Lyne - risulta correttamente disposta ai sensi del punto 5.2, par. B.1 della lettera d'invito, ove si stabilisce chiaramente che *"l'offerta è espressa mediante dichiarazione di ribasso percentuale da applicare alle voci di cui all'elenco prezzi contrattuale posto a base di gara integrante l'accordo quadro, in conformità a quanto previsto dal Capitolato speciale d'appalto"*, con successiva previsione che *"la mancata presentazione dell'offerta economica redatta mediante la compilazione del modello 'Dichiarazione di ribasso percentuale', al pari di ogni altra ipotesi di grave incompletezza della stessa e/o irregolarità essenziale (...) costituisce immediata causa d'esclusione dalla gara, senza possibilità di sanatoria ex art. 83, comma 9 del D.Lgs. n. 50/2016"*.

Nel caso di specie risulta che la suddetta dichiarazione *sub* "B.1" allegata all'offerta dalla Pype Lyne (qualificata peraltro come prevalente dalla stessa lettera d'invito rispetto alle dichiarazioni di cui al *form* "B.2" previsto dal

corrispondente paragrafo del punto 5.2) prevedesse un ribasso percentuale indicato in termini difformi dal modello predefinito, ribasso espresso in specie “*sull’importo a base d’asta*”, anziché - come richiesto - applicato alle “*voci di cui all’elenco prezzi contrattuale posto a base di gara integrante l’accordo quadro, in conformità a quanto previsto dal Capitolato speciale d’appalto*”; il che - come rilevato dalla commissione - oltre a comportare una difformità escludente alla luce delle previsioni di gara, assume rilevanza anche in termini sostanziali, trattandosi in specie di un appalto “a misura” e non “a corpo”, che per questo richiedeva l’indicazione del ribasso percentuale “*da applicare alle voci di cui all’elenco prezzi contrattuale*” anziché “*sull’importo a base d’asta*”.

Né a fronte delle chiare (e sostanziali) difformità riscontrabili, ben riconducibili alla previsione escludente della *lex specialis*, è possibile invocare il soccorso istruttorio - peraltro nella specie espressamente escluso dalla lettera d’invito, vertendo il vizio sull’offerta economica (cfr. il suddetto punto “B.1”, oltreché il par. 5.2.1 della lettera) - o accreditare una diversa interpretazione dell’offerta della Pype Lyne richiamando e dando sostanzialmente prevalenza - contrariamente a quanto previsto dal suddetto punto 5.2, par. B.2 - alle dichiarazioni di cui al distinto *form sub* “B.2”.

4. In conclusione gli appelli vanno accolti, con conseguente riforma della sentenza impugnata e rigetto del ricorso di primo grado, incluse le doglianze riproposte dalla Fap s.r.l., nonché assorbimento del terzo motivo dell’appello della Acquedotto Pugliese, avente a oggetto il capo di sentenza relativo alla condanna alle spese, proposto espressamente in via subordinata dall’appellante (v. in ogni caso *infra, sub* § 5 per la regolazione delle spese del doppio grado di giudizio).

5. La particolarità e complessità delle questioni trattate giustifica l’integrale compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, previa riunione, li

accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa integralmente le spese del doppio grado di giudizio fra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

Cecilia Altavista, Consigliere

L'ESTENSORE

Alberto Urso

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO