

Publicato il 05/04/2022

N. 02529/2022REG.PROV.COLL.
N. 00618/2021 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 iscritto al numero di registro generale 618 del 2021,
proposto da

Telecom Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Simone Cadeddu, con domicilio digitale
come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Provincia Autonoma di Trento, in persona del Presidente *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Giuliana Fozzer, Marialuisa Cattoni,
Sabrina Azzolini, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

Agenzia Provinciale per gli Appalti e i Contratti della Provincia Autonoma di
Trento, Regione Autonoma Trentino – Alto Adige/Südtirol, non costituite in
giudizio;

nei confronti

Irideos s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dagli avvocati Filippo Martinez, Davide Moscuza, con domicilio
digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio

dell'avvocato Filippo Martinez in Roma, via Alessandria n.130;

Fastweb s.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento, Sezione Unica, 23 dicembre 2020, n. 215, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia Autonoma di Trento e di Irideos s.p.a.;

Visto l'appello incidentale di Irideos s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 ottobre 2021 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Cadeddu e Martinez;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso notificato il 17 luglio 2020, la società Telecom Italia s.p.a., la quale aveva partecipato (con altre due concorrenti, Irideos s.p.a. e Fastweb s.p.a., rispettivamente prima e seconda classificata nella graduatoria finale) alla gara europea, mediante procedura aperta telematica, indetta, con bando pubblicato sulla G.U.U.E. il 4 marzo 2020, dall' Agenzia provinciale per gli Appalti e i Contratti (in sigla "APAC") della Provincia autonoma di Trento per la "*conclusione di una convenzione finalizzata alla fornitura di linee per la connettività dei soggetti e degli enti individuati all'art. 39-bis, comma 3, della legge provinciale 16 giugno 2006, n. 3 e all'art. 5 della legge provinciale 9 marzo 2016, n. 2 e della Regione Autonoma Trentino Alto-Adige/ Südtirol, con relative opzioni ed attività*", per la durata di quattro anni, da aggiudicare col criterio del prezzo più basso sull'importo a base d'asta, al netto dell'IVA, pari ad euro 10.575.028,00, impugnava innanzi al Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento l'esclusione dalla procedura disposta nei suoi confronti (alla seduta del 18 giugno 2020) per

mancata indicazione di uno o più prezzi unitari nell'offerta economica, *“in applicazione del paragrafo 17 del Disciplinare di gara”*.

1.1. La ricorrente impugnava altresì il provvedimento (di cui alla nota di protocollo n. 373075 del 30 giugno 2020) con il quale l'APAC, confermando motivatamente le ragioni di esclusione già ravvisate dal seggio di gara, aveva respinto l'istanza di riammissione in autotutela, cui Telecom Italia assumeva di avere interesse poiché l'importo complessivo offerto la collocava in posizione migliore rispetto alla prima classificata Irideos.

1.2. Il ricorso avverso gli atti impugnati era affidato al seguente motivo di diritto: *“I. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost, degli artt. 1, 3 e 6 della legge 7 agosto 1990, n. 241 – Violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del Codice Appalti – Eccesso di potere per violazione dei principi di proporzionalità, favor participationis e leale cooperazione, trasparenza e libera concorrenza, nonché per carenza e/o insufficienza di istruttoria, travisamento dei fatti, illogicità, difetto di motivazione ed ingiustizia manifesta”*.

1.3. In sintesi, la ricorrente lamentava di essere stata esclusa per un vizio meramente formale (e, di conseguenza, sanabile), essendo sicuramente possibile ricostruire con certezza la sua volontà negoziale: infatti, pur mancando la specificazione di un solo prezzo unitario, si poteva chiaramente evincere, dal tenore del modulo dell'offerta economica agli atti di gara, che detto prezzo non poteva che essere “zero”, e ciò sulla scorta di un mero ragionamento matematico, sviluppato in ricorso. Si richiamava poi l'orientamento della giurisprudenza, che riconosce invalida l'offerta solo in mancanza di due o più prezzi unitari, in quanto l'omissione di una sola voce non lascia margini di opinabilità nella ricostruzione univoca della volontà dell'offerente. Pertanto, l'omissione nella compilazione del modello di offerta poteva essere agevolmente superata dalla Stazione appaltante, attraverso dei calcoli elementari. Oltretutto, la prevista clausola di esclusione del disciplinare (per omessa indicazione di uno o più prezzi unitari), specie ove interpretata nel senso, improntato al massimo formalismo, prospettato dalla Stazione

appaltante sarebbe stata nulla per violazione dell'articolo 83, comma 8, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) e del principio di tassatività delle cause di esclusione ivi sancito (stante l'assenza di norme di legge che sanzionano con l'espulsione dalla gara il mancato inserimento di un solo prezzo).

1.4. Alla stregua delle su indicate doglianze la ricorrente domandava quindi l'annullamento dei provvedimenti gravati, la riammissione in gara e l'aggiudicazione della procedura, formulando istanza di risarcimento del danno, in forma specifica e, in subordine, per equivalente monetario.

1.5. Nel giudizio così incardinato si costituivano in resistenza la controinteressata Irideos e la Provincia autonoma di Trento, insistendo entrambe per il rigetto del ricorso.

1.6. La controinteressata proponeva altresì ricorso incidentale, con cui deduceva ulteriori ragioni di esclusione di Telecom Italia S.p.a., oltre a quelle che ne avevano già determinato l'espulsione dalla gara, lamentando in particolare. *“I. Violazione dell'art. 3, comma 1 lett. ii) e 30, comma 1 del d.lgs. 50/2016. Violazione della direttiva 2014/24/UE, considerando nn. 1 e 4 e art. 2, par. 1, n. 5). Violazione dei principi di onerosità, leale concorrenza e par condicio nelle procedure di affidamento pubbliche; II. Violazione dell'art. 21 del disciplinare di gara. Violazione dell'art. 59, comma 3 lett. a) e dell'art. 83, comma 9 del d.lgs. 50/2016. Genericità e indeterminatezza dell'offerta; III. Insostenibilità economica dell'offerta. Violazione della par condicio; IV. Insostenibilità economica dell'offerta. Violazione della par condicio; V. Violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016. Violazione della par condicio. Violazione del principio di leale collaborazione; VI. Violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis) e lett. f-bis). Dichiarazione falsa e fuorviante”.*

1.7. Con ordinanza 31 luglio 2020, n. 24 il Tribunale rigettava l'istanza di sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati avanzata nel ricorso principale, per insussistenza del *fumus* e del *periculum in mora* (poiché la gara era ancora in corso di svolgimento).

1.8. Con ricorso per motivi aggiunti depositato il 1 ottobre 2020, Telecom Italia impugnava altresì il verbale di gara del 14 agosto 2020, con il quale era stata disposta l'aggiudicazione a favore di Irideos, nonché la precedente nota del 10 agosto 2020, con la quale APAC comunicava la conclusione positiva del procedimento di verifica dell'anomalia, e il presupposto parere tecnico favorevole del 5 agosto 2020, formulando i seguenti motivi di doglianza: *"I. Illegittimità derivata per violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost, degli artt. 1, 3 e 6 della legge 7 agosto 1990, n. 241 – Violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del Codice Appalti – Eccesso di potere per violazione dei principi di proporzionalità, favor participationis e leale cooperazione, trasparenza e libera concorrenza, nonché per carenza e/o insufficienza di istruttoria, travisamento dei fatti, illogicità manifesta, difetto di motivazione ed ingiustizia manifesta; II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 e 97 Cost., degli artt. 1, 3 e 6 della l. 7 agosto 1990, n. 241 e degli artt. 30, 42 e 52 e 80, comma 5 del Codice Appalti. Eccesso di potere per violazione dei principi libera concorrenza, trasparenza, imparzialità e segretezza delle offerte. Eccesso di potere per sviamento, difetto d'istruttoria, irrazionalità e ingiustizia manifesta"*.

Con tali censure la ricorrente principale, oltre a ribadire l'illegittimità della propria esclusione e a riproporre la domanda di risarcimento per equivalente monetario per il caso di stipula nelle more del contratto di servizio, faceva valere vizi di invalidità derivata dall'esclusione impugnata con il ricorso introduttivo; formulava altresì censure demolitorie dell'intera procedura di gara, chiedendone l'integrale annullamento e la ripetizione. In particolare, la ricorrente deduceva l'illegittimità dell'aggiudicazione in favore di Irideos S.p.a., in ragione del potenziale conflitto di interessi in cui versava l'aggiudicataria nei confronti della Stazione appaltante, come emerso dalla documentazione di gara; in subordine, lamentava una potenziale violazione del principio di segretezza delle offerte presentate dai concorrenti, idonea a compromettere la garanzia d'imparzialità e buon andamento dell'operato dell'organo valutativo e il trasparente svolgimento della procedura di gara.

1.9. A seguito della positiva verifica dei requisiti in capo all'aggiudicataria, il 19 novembre 2020 veniva stipulato il contratto d'appalto, come da comunicazione di APAC di pari data.

2. Il giudizio di primo grado si è concluso con la sentenza n. 215 del 23 dicembre 2020, con la quale il T.R.G.A. ha: *a)* esaminato con priorità e respinto come infondato il ricorso introduttivo; *b)* dichiarato inammissibile il ricorso per motivi aggiunti; *c)* dichiarato altresì improcedibile il ricorso incidentale; *d)* condannato la ricorrente principale alla rifusione delle spese di lite a favore dell'amministrazione resistente e della controinteressata.

In particolare, il Tribunale regionale, premesso che la mancata compilazione dell'offerta economica nei sensi indicati è stata pacificamente accertata e non contestata (la stessa Telecom aveva infatti ammesso trattarsi di *“una mera svista commessa nella compilazione del modulo”*), ha ritenuto che la volontà della ricorrente con riguardo al prezzo offerto non fosse affatto *“intelligibile”*, perché il prezzo unitario oggetto di controversia era stato del tutto omesso mentre, nelle altre voci per le quali Telecom aveva offerto zero, essa aveva barrato l'apposita casella, di modo che, in assenza di compilazione del prezzo unitario, era stato il sistema telematico a calcolare automaticamente *“zero”* nel parziale complessivo corrispondente.

Inoltre, ad avviso del primo giudice, la clausola di *lex specialis* che prevedeva l'espulsione per mancanza di un solo prezzo unitario sarebbe legittima, costituendo *“condizione essenziale per l'ammissibilità dell'offerta”*, in linea con la previsione dello stesso articolo 83, comma 9 del Codice dei contratti che esclude il soccorso istruttorio per carenze dell'offerta.

Considerata poi la natura di accordo-quadro dell'affidamento e dei conseguenti contratti applicativi con le singole Amministrazioni aderenti e beneficiarie era anche a tal fine *“necessario disporre di tutti i prezzi unitari ai quali concludere le singole transazioni negoziali, pena l'aleatorietà della relativa contrattazione.”*

Neppure poteva farsi ricorso ai principi giurisprudenziali sulla correzione dell'errore materiale, non applicabili alla fattispecie nella quale la ricostruzione

della volontà dell'offerente non era affatto univoca, sicura e incontrovertibile, ma anzi palesemente incerta.

Alla ritenuta legittimità dell'esclusione è dunque conseguita la declaratoria di inammissibilità dei motivi aggiunti per difetto di legittimazione e di interesse a contestare l'aggiudicazione ad Irideos per vizi autonomi (non avendo Telecom alcun interesse all'accoglimento delle censure formulate, neanche quello, meramente strumentale, alla ripetizione della gara, dalla quale è stata legittimamente esclusa e a cui aveva partecipato anche una terza impresa, Fastweb s.p.a., collocatasi al secondo posto in graduatoria).

Infine, avendo respinto il ricorso principale, la sentenza ha dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso incidentale della controinteressata.

3. Avverso la sentenza ha proposto appello la ricorrente di primo grado Telecom Italia, deducendone l'erroneità e ingiustizia e auspicandone la riforma alla stregua di un unico articolato motivo così rubricato: *“Violazione dell'art. 112 c.p.c. Omessa pronuncia su un punto decisivo della controversia. Difetto di motivazione. Error in iudicando della sentenza nella parte in cui ha ritenuto legittima la clausola di esclusione automatica di cui al Paragrafo 17 del Disciplinare. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost., dell'art. 83 del Codice appalti, dei principi di proporzionalità, favor participationis e leale cooperazione, trasparenza e libera concorrenza. Travisamento dei fatti e dei documenti depositati in giudizio e irragionevolezza manifesta”*.

3.1. In sintesi, l'appellante ha riproposto anche nel presente giudizio la tesi, prospettata in primo grado e disattesa dalla sentenza impugnata, secondo cui l'omessa indicazione del prezzo unitario relativo alla *“Opzione Internet” per le linee da A20 a A100* non sarebbe rilevante: la volontà della Telecom di offrire un prezzo pari a zero per la suddetta opzione avrebbe potuto essere, infatti, agevolmente desunta dalla regola matematica sviluppata in primo grado (sulle cui ragioni di non applicabilità alla fattispecie, ai fini della ricostruzione certa della volontà negoziale dell'offerente, la sentenza appellata avrebbe pure

omesso di pronunciarsi), mentre il non aver barrato la casella corrispondente non avrebbe influenza, in quanto entrambe le ipotesi (*id est* “casella vuota” e “casella riempita con il trattino”) condurrebbero entrambe al medesimo risultato, *“ossia l’offerta gratuita dell’Opzione Internet contestata”*. Ad ogni modo, tale volontà ben potrebbe essere desunta *“dalla doverosa interpretazione sistematica dell’offerta, avendo Telecom offerto gratuitamente tutte le altre quattro “Opzioni Internet” presenti nell’offerta”*.

3.2. Anche la natura di accordo-quadro con forniture a misura della gara in questione, profilo questo valorizzato dalla sentenza appellata, sarebbe inidonea a scalfire la tesi della sicura ricostruibilità della volontà negoziale della concorrente esclusa.

3.3. Sotto altro profilo, non vi sarebbe preclusione alla mera correzione materiale dell’omissione, che non avrebbe arrecato alcun *vulnus* alla *par condicio* dei concorrenti, visto che *“l’offerta sarebbe rimasta perfettamente identica”*, essendo irrilevanti, ai fini dell’esclusione dalla gara, meri errori aritmetici che non abbiano influito sull’intendimento finale dell’offerente.

3.4. A conforto di tali assunti, l’appellante, per un verso, adduce di aver rivisto la sua offerta economica per due volte, in sede di sottoscrizione digitale tanto del file pdf contenente l’offerta stessa quanto del modello riepilogativo, non essendo ciò nonostante *“in grado di ravvisare il refuso proprio perché sia i totali parziali relativi che il totale generale erano evidentemente conformi alle intenzioni della società”*; per altro verso, richiama, anche in questa sede, quella giurisprudenza secondo cui l’omissione di una voce può comunque consentire, in sede di esame di offerta, la ricostruzione senza margini di opinabilità della volontà dell’offerente, *“mediante il raffronto fra la somma dei prezzi unitari ed il prezzo globale”*.

3.5. L’appellante ripropone altresì la domanda di declaratoria di nullità della clausola di esclusione automatica prevista dall’art. 17 del Disciplinare e ribadisce comunque la necessità che la Stazione appaltante approfondisca

l'istruttoria ai fini della verifica di effettiva incertezza assoluta dell'offerta economica di Telecom.

3.6. Anche nel presente giudizio si è costituita la controinteressata Irideos, che ha spiegato altresì appello incidentale con cui ha sostanzialmente riproposto i motivi di ricorso incidentale di primo grado, dichiarato improcedibile dalla sentenza appellata, lamentandone altresì il mancato esame con priorità da parte di quest'ultima.

3.7. Si è costituita in resistenza anche la Provincia autonoma di Trento, difendendo la correttezza e legittimità del proprio operato e dei provvedimenti impugnati e chiedendo, pertanto, il rigetto di entrambi gli appelli, principale e incidentale, in quanto inammissibili e infondati, con conseguente integrale conferma della sentenza di prime cure.

3.8. Con ordinanza n. 1249 del 12 marzo 2021, la Sezione ha respinto l'istanza cautelare ex art. 98 cod. proc. amm. per la sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata *“tenuto conto della natura e della durata del servizio, del fatto che quest'ultimo è in corso, in forza di convenzione stipulata nel corso del giudizio di primo grado, e che le censure dedotte non si prestano ad una cognizione sommaria propria della presente fase cautelare”*.

3.9. All'udienza pubblica del 14 ottobre 2021, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

4. L'appello è infondato.

5. Come anticipato in fatto, l'affidamento per cui è causa concerne la stipula di un accordo quadro avente ad oggetto la fornitura di linee per la connettività degli enti avente sede nel territorio provinciale, riguardante sia la *“fornitura base di trasmissione dati su rete fissa”*, sia le *“opzioni – attivabili a richiesta anche successivamente alla fornitura base”* (art. 3 capitolato tecnico).

Gli enti beneficiari potevano dunque acquistare singolarmente i beni oggetto della fornitura, fermo restando, per le opzioni, il necessario acquisto a monte della fornitura base.

Le modalità di presentazione dell'offerta economica sono state poi chiaramente esplicitate nel paragrafo 17 del Disciplinare di gara. In particolare, per la presentazione dell'offerta economica il disciplinare richiedeva che i concorrenti compilassero il *“modello di offerta economica”* reso disponibile in formato *Excel* dalla Stazione appaltante (o presentassero analogo modulo di offerta) *“con l'indicazione, a pena di esclusione, di tutti i prezzi offerti inserendo nelle apposite celle attive (..) relative ai prezzi unitari offerti (..)”*; una volta inseriti dal concorrente i prezzi unitari offerti per i singoli beni della fornitura, il file avrebbe automaticamente calcolato: *i)* il prodotto dei singoli prezzi unitari dei beni oggetto di offerta, per il numero di quantità indicate dall'Amministrazione nel modello di offerta e per la durata del contratto; *ii)* l'ammontare totale del prezzo offerto sia in relazione alle linee sia in relazione alle opzioni; *iii)* l'ammontare del prezzo totale generale offerto, comprensivo di linee e di opzioni (art.17 del Disciplinare).

Di conseguenza, l'ammontare del prezzo totale rilevava ai soli fini della formazione della graduatoria in gara, laddove per la stipula dei singoli contratti gli enti pubblici aderenti all'accordo quadro avrebbero dovuto, invece, tener conto dei prezzi unitari offerti dai concorrenti, in relazione a ciascuna linea ed opzione prevista. Infatti, l'art. 17 del Disciplinare di gara stabiliva la prevalenza dei prezzi unitari rispetto al totale offerto, disponendo testualmente che *“in caso di contrasto tra il totale indicato nel modulo di offerta economica e il totale derivante dalla somma dei prezzi unitari offerti moltiplicati per le relative quantità, prevarrà il totale derivante dalla somma dei prezzi unitari offerti moltiplicati per le relative quantità”*.

Inoltre, l'art. 16.4 dello Schema di Capitolato Amministrativo (pag.14) precisava che i contratti avrebbero trovato il proprio corrispettivo nei prezzi unitari, stabilendo che i corrispettivi dovuti all'appaltatore dalle singole amministrazioni contraenti per l'esecuzione delle prestazioni oggetto di ciascun ordinativo di fornitura *“sono calcolati applicando i prezzi unitari riportati nell'offerta economica, allegata alla Convenzione”*.

5.1. Tanto premesso e così sinteticamente ricostruita la disciplina di gara rilevante ai fini della decisione, il Collegio ritiene che innanzitutto non possono condividersi i rilievi dell'appellante con cui si contesta la sentenza di prime cure per aver ritenuto inapplicabile la regola matematica in forza della quale sarebbe stata potenzialmente ricostruibile la volontà di Telecom di offrire un prezzo unitario pari a zero per le *“opzioni internet per le linee da A20 a A100”* a partire dall'importo totale del canone per le 1.100 opzioni offerte.

5.2. In effetti, l'entità del prezzo unitario mancante non era accertabile mediante la semplice applicazione della regola matematica invocata dall'appellante (secondo la quale *“da un valore complessivo pari a zero - ossia l'importo complessivo parziale risultante dal modulo offerta- ed essendo noti tutti gli altri fattori - e, cioè, il numero di opzioni e il numero di mensilità, rispettivamente pari a 1100 e a 48- si può dedurre il fattore mancante (ossia il prezzo unitario) in un valore necessariamente esso stesso pari a zero”*).

Infatti, in base alle richiamate previsioni del Disciplinare di gara, nel *“modello di offerta economica”* compilato dai concorrenti andava inserita, a pena di esclusione, l'indicazione dei prezzi unitari per i singoli beni della fornitura; a seguito dell'inserimento dei prezzi unitari offerti, il file avrebbe poi automaticamente calcolato tanto il prodotto dei singoli prezzi unitari dei beni oggetto di offerta, per il numero di quantità indicate dall'Amministrazione nel modello di offerta e per la durata del contratto, quanto l'ammontare totale del prezzo offerto (sia in relazione alle linee sia in relazione alle opzioni) e l'ammontare del prezzo totale generale offerto, anch'esso comprensivo di linee e di opzioni (art.17 disciplinare).

A fronte di tali precise e inequivocabili previsioni della *lex specialis* di gara (che richiedeva ai concorrenti di indicare nel modulo dell'offerta economica solo i prezzi unitari proposti per il canone mensile per la fornitura e per il costo di attivazione, e non il prezzo finale, e in forza delle quali avrebbe comportato *“l'esclusione automatica delle offerte”*, tra l'altro, la *“mancata indicazione di uno o più prezzi unitari per ciascuna voce”*) la concorrente Telecom Italia ha omesso invece

di indicare, nella propria offerta, il prezzo unitario previsto per una delle possibili opzioni acquistabili dalle amministrazioni aderenti e, anziché offrire un prezzo per tale opzione, ha lasciato vuota l'apposita casella editabile, non indicando nemmeno un trattino (“-”) come fatto per le altre opzioni offerte a zero euro.

Alla luce delle riassunte modalità di compilazione del modulo di offerta economica, non può dunque ritenersi con certezza che l'offerta unitaria mancante possa intendersi come equivalente a offerta gratuita né che la volontà di offrire detta opzione gratuitamente possa o debba desumersi dal contesto generale e complessivo dell'offerta.

5.3. A quanto evidenziato consegue che, come puntualmente dedotto dalla difesa di Irideos, la regola matematica invocata dall'appellante avrebbe potuto disvelare in modo certo e univoco la volontà negoziale dell'offerente, solo nel caso in cui quest'ultimo fosse stato in condizione di indicare elementi ulteriori rispetto ai prezzi unitari e, per di più, avesse potuto calcolare autonomamente sia il prodotto unitario moltiplicato per la quantità indicata dall'Amministrazione, sia il parziale relativo alle linee e alle opzioni e il totale generale offerto, espresso in cifre e derivante dalla somma dei due parziali relativi alle linee ed alle opzioni.

Nel caso di specie, ove invece l'espressione della volontà era in via esclusiva correlata all'indicazione dei prezzi unitari (essendo gli altri fattori già prestabiliti a monte dalla legge di gara e i risultati calcolati automaticamente dal sistema elettronico), la regola matematica in esame non poteva in alcun modo supplire alla mancanza di espressione della volontà negoziale: l'applicazione della formula matematica non poteva certamente consentire di desumere la volontà di Telecom di offrire un prezzo pari a “0” in quanto, come bene evidenziato dall'appellata sentenza, solo il sistema, con operazione di computo in automatico del prodotto tra prezzo unitario e quantità (cfr. punto 17 del disciplinare di gara), ossia nella determinazione del prezzo complessivo parziale, ha quantificato tale risultato in un valore corrispondente

a zero. In altri termini l'equiparazione compiuta dal sistema, nel calcolare il prezzo unitario automaticamente e a prescindere da una espressa manifestazione di volontà del concorrente, non comprova in alcun modo l'intenzione di Telecom di offrire un prezzo pari a zero.

5.4. Il verbale di gara del 18 giugno 2020 indica quindi correttamente le ragioni poste a base dell'esclusione, evidenziando come: *“l'offerta economica del concorrente TELECOM ITALIA SPA, non risulta essere compilata in maniera completa e regolare secondo le prescrizioni del par.17 del Disciplinare di gara. In particolare, il Presidente constata che il file in formato pdf, redatto in base al modello di offerta economica fornito dall'Amministrazione, risulta compilato come segue: per alcune voci con delle cifre positive; per altre voci l'offerta risulta pari a 0,00 € (dato riscontrabile dalla presenza del simbolo <€> seguito dal trattino <->); mentre per una voce, segnatamente quella relativa <all'Opzione Internet per le linee da A20 a A100>, la casella risulta non compilata (non compare neanche il simbolo <€> che comparirebbe qualora fosse stata compilata con un'offerta pari a 0,00 €)”. La dedotta circostanza è, altresì, confermata dal modulo offerta prodotto in giudizio, il quale per l'appunto reca una casella del tutto vuota con riferimento alla voce di prezzo “Opzione Internet per le linee da A20 a A100”.*

In definitiva, il descritto meccanismo di selezione delle offerte non consente di superare l'incompletezza dell'offerta economica sul punto e non la rende *“perfettamente calcolabile e ricostruibile”* in relazione alla voce non compilata, né elimina *“qualsiasi incertezza sui costi unitari delle future forniture”*.

5.5. A tali corrette conclusioni è pervenuta l'appellata sentenza, che non ha quindi neppure omesso di pronunciarsi sulle ragioni di inapplicabilità della regola matematica in esame e sulla non sanabilità della mancanza di espressione della volontà negoziale: sul punto anzi la sentenza di prime cure, con statuizioni meritevoli di conferma, ha testualmente evidenziato che: *“E' peraltro evidente che l'operazione automatica (i.e.: di moltiplicazione dei fattori predeterminati dalla stazione appaltante per i prezzi unitari indicati da Telecom e per quello omesso) verificatasi in concreto, da ricondurre appunto esclusivamente al calcolo*

operato dal software, non può essere attribuita neppure indirettamente ad una specifica volontà della ricorrente, mentre sussisteva un preciso onere di ogni concorrente di verificare la rispondenza del contenuto alle regole di gara posteriormente alla relativa compilazione. Anche la regola matematica adottata da Telecom Italia S.p.A., non consente, nel caso di specie, di supplire alla mancanza di espressione della volontà negoziale e, sempre sotto tale profilo, la situazione si presenta in termini del tutto differenti rispetto a quanto esposto nella giurisprudenza citata a supporto del gravame”.

Acclarato, dunque, che il prezzo finale è stato calcolato dal sistema sulla base della mancata indicazione del prezzo unitario ed esclusa parimenti la possibilità di risalire dal prezzo finale al prezzo unitario solo sulla base di una semplice operazione aritmetica e di un calcolo elementare (in quanto non può ritenersi che, in mancanza di indicazione unitaria, il prezzo finale sarebbe stato certamente zero), non può essere quindi ricostruita la volontà dell’offerente circa il prezzo unitario, che resta inesorabilmente incerto.

L’appellata sentenza ha dunque correttamente considerato tali profili di incertezza, muovendo dalla corretta premessa secondo cui è circostanza pacifica e incontestata la mancata compilazione da parte della ricorrente del modulo di offerta economica reso disponibile dalla Stazione appaltante quanto all’indicazione di un prezzo unitario (per il canone mensile e per il costo di attivazione) nelle apposite celle (non a caso le uniche del *file* ad essere “attive”, ossia non protette e compilabili a cura dei concorrenti, laddove erano invece “bloccate”, ovvero sottratte a qualsiasi intervento compilativo da parte degli operatori economici, le altre celle, sia quelle relative al prodotto sia quelle corrispondenti all’importo complessivo parziale): pertanto, la stazione appaltante non poteva agevolmente risalire alla volontà negoziale della concorrente circa il prezzo unitario offerto, tenuto conto che, per un verso, era stato il sistema elettronico, nel non rilevare alcun valore unitario per il prodotto oggetto dell’opzione in questione, a calcolare in automatico, sulla base dei valori preimpostati dall’amministrazione, il prezzo offerto, per altro verso che la concorrente, negli altri casi in cui aveva voluto offrire zero per i

singoli prezzi unitari, aveva inserito un apposito trattino, marcando l'apposita casella editabile e dimostrando così la propria volontà di offrire un prodotto gratuitamente.

È intuitivo pertanto che non possa attribuirsi, sul piano degli effetti (*id est* della manifestazione di volontà), lo stesso significato a due condotte (l'una attiva, l'altra omissiva), specularmente opposte e differenti: lasciare vuota la casella editabile e non indicare alcun prezzo non può difatti assumere il significato di “*valorizzare a zero*” un prezzo in offerta economica (come a ragione evidenziato nel rigetto dell'istanza di autotutela della Provincia autonoma) né esprime in maniera chiara e incontrovertibile la volontà di offrire gratuitamente quel determinato prodotto o servizio.

5.6. Le specifiche argomentazioni dell'appellante non sono idonee a scalfire il corretto ragionamento della sentenza impugnata.

5.6.1. Si è già detto che non sono equiparabili situazioni diverse (ossia la mancata indicazione del prezzo unitario e l'offerta gratuita, pari a 0) e che neppure è corretto associare il mancato inserimento di un trattino nell'apposita casella editabile con la volontà di offrire un prezzo a zero: ciò in quanto l'offerta carente dell'indicazione di uno o più prezzi unitari non risultava correttamente compilata e dava luogo, per espressa regola di gara, all'esclusione dell'impresa partecipante dalla procedura.

5.6.2. Inoltre, neppure può condividersi l'ulteriore argomento dell'appellante secondo cui la correzione della sua offerta non avrebbe in concreto arrecato alcun *vulnus* alla *par condicio* con gli altri concorrenti: anche tale tesi si fonda su un presupposto indimostrato e cioè che fosse ricavabile dall'offerta presentata in gara, in modo univoco e con certezza, il prezzo unitario proposto per quell'opzione.

5.6.3. Sotto altro concorrente profilo, neppure possono qui trovare applicazione i principi sulla correzione dell'errore materiale: ciò presuppone infatti che l'effettiva volontà negoziale dell'impresa partecipante alla gara sia individuabile in modo certo nell'offerta presentata, senza margini di opacità o

ambiguità, sì che si possa giungere ad esiti univoci circa la portata dell'impegno ivi assunto; la ricerca della volontà dell'offerente ben può consistere anche nell'individuazione e nella rettifica di eventuali errori di scritturazione o di calcolo, a condizione, però, che alla rettifica si possa pervenire con ragionevole certezza e, comunque, senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta. L'errore materiale direttamente emendabile è infatti solo quello che può essere percepito e rilevato immediatamente e *ictu oculi*, dal contesto stesso dell'atto e senza bisogno di complesse indagini ricostruttive di una volontà agevolmente individuabile e chiaramente riconoscibile da chiunque (si veda in tal senso Consiglio di Stato, sez. III, 24 febbraio 2020, n. 1347; Cons. Stato, VI, 2 marzo 2017, n. 978). In altri termini, il potere di rettifica di errori materiali e refusi è circoscritto alle sole ipotesi in cui l'effettiva volontà negoziale sia stata comunque espressa nell'offerta.

Nel caso di specie l'operazione prospettata dall'appellante, volta a colmare l'omessa indicazione del prezzo unitario offerto per la singola opzione, non configura affatto mera rettifica di errore materiale che, come evidenziato, non può sostanziarsi in operazioni manipolative e di adattamento dell'offerta, risultando altrimenti violati la *par condicio*, l'affidamento nelle regole di gara e le esigenze di trasparenza e certezza (cfr. ex multis, Cons. Stato, Sez. III, 20 marzo 2020, n. 1998; Cons. Stato, Sez. VI, 13 febbraio 2013, n. 889): la volontà dell'offerente non può qui essere ricostruita né mediante l'operazione aritmetica descritta nell'appello né attraverso il mero riferimento al contesto stesso degli atti di gara; tantomeno può essere desunta da un'interpretazione sistematica e complessiva dell'offerta alla luce del prezzo indicato per le altre opzioni internet ivi presenti.

Infatti, come pure correttamente evidenziato dal Tribunale regionale, pur volendo considerare le sole opzioni internet, anche il fatto che per un'altra opzione (segnatamente quella relativa a "*Incremento della BGA(MIN), per ogni 64k in più*" , voce immediatamente successiva a quella relativa al prezzo

mancante) Telecom Italia abbia offerto un prezzo unitario pari a € 0,97 (e un prezzo complessivo parziale di € 279.360,00) rende impossibile attribuire con certezza la volontà di esprimere un prezzo pari a “0” (“zero”) anche per l’opzione in discussione: anzi la stessa eterogeneità delle prestazioni offerte riconosciuta da Telecom conferma che non fosse affatto ricostruibile in modo univoco la volontà dell’offerente sulle opzioni per le quali era stata omessa la specifica indicazione, richiesta dalla legge di gara a pena di esclusione.

5.7. Anche la tesi dell’appellante circa l’irrilevanza della natura di accordo quadro con forniture a misura (stante la prevista formulazione di un prezzo complessivo) non può essere seguita.

L’argomento trascura anzi le peculiarità della procedura di gara: come rilevato dall’appellata sentenza, la natura di accordo quadro contabilizzato a misura ha valenza dirimente ai fini del rigetto delle doglianze formulate con il ricorso principale di primo grado

La procedura in oggetto era finalizzata alla conclusione di una convenzione quadro, nella quale le singole amministrazioni aderenti possono richiedere all’operatore economico aggiudicatario, attraverso specifico ordinativo, la fornitura di una o più prestazioni oggetto della procedura di affidamento, applicando quale corrispettivo *“i prezzi unitari riportati nell’offerta economica, allegata alla Convenzione”*, così come espressamente previsto dall’art. 16 dello schema di Capitolato speciale amministrativo.

Pertanto, la prevista indicazione, a pena di esclusione, del prezzo unitario corrispondente ai singoli prodotti oggetto di fornitura, acquistabili separatamente dalle amministrazioni aderenti, assume di per sé valore, a prescindere dal prezzo indicato per le altre opzioni offerte, in quanto strumentale a soddisfare l’esigenza delle amministrazioni beneficiarie di comparare, al momento dell’acquisto della fornitura base e delle eventuali opzioni aggiuntive, i prezzi unitari dei singoli prodotti offerti, acquistabili separatamente in base alle effettive necessità, per decidere cosa e quanto

acquistare; la mancanza di valorizzazione dei prezzi unitari non consentirebbe, infatti, alle amministrazioni di conoscere *ex ante* le condizioni economiche di fornitura di un determinato prodotto e di procedere *cognita causa* all'acquisto dei singoli ordinativi delle linee e delle opzioni proposte in gara.

Inoltre, diversamente dagli appalti a corpo, nei quali elemento essenziale della proposta del concorrente è soltanto l'importo finale offerto, mentre i prezzi unitari indicati nell'elenco prezzi hanno un valore meramente indicativo delle voci di costo che concorrono a formarlo (Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2019 n. 2875), in un appalto compensato a misura, quale è quello in esame, i singoli prezzi unitari offerti divengono parte integrante ed essenziale dell'offerta economica, anche in mancanza di un'esplicita previsione della legge di gara.

In definitiva, nel presente appalto con forniture a misura (nel quale, in forza del richiamato art. 16, par. 4, dello schema di capitolato, i corrispettivi dovuti all'appaltatore dalle singole amministrazioni contraenti per la prestazioni oggetto di ciascun ordinativo di fornitura sono calcolati "*applicando i prezzi unitari riportati nell'offerta economica, allegata alla Convenzione*") il prezzo unitario costituiva l'elemento essenziale del singolo contratto da stipulare con l'ente beneficiario.

La rilevanza dell'indicazione dei prezzi unitari risulta poi confermata anche dalla ricordata previsione della legge di gara (che ragionevolmente attribuisce prevalenza al prezzo unitario rispetto a quello complessivo), a mente della quale: "*In caso di contrasto tra il totale indicato nel modulo di offerta economica e il totale derivante dalla somma dei prezzi unitari offerti moltiplicati per le relative quantità, prevarrà il totale derivante dalla somma dei prezzi unitari offerti moltiplicati per le relative quantità*" (art.17 disciplinare, pag.36).

5.7.1. Su queste basi correttamente il primo giudice ha ritenuto inapplicabile caso oggetto di giudizio anche la giurisprudenza richiamata da Telecom in materia di prezzi unitari (di cui al precedente del Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 marzo 2020, n. 1538), in quanto non pertinente all'odierna fattispecie,

ritenendo assorbente, ai fini del rigetto delle doglianze articolate col ricorso, la mancanza di espressione della volontà negoziale nell'offerta presentata in gara, non ricostruibile in modo univoco.

5.8. Neppure può poi ritenersi decisiva, come sostiene l'appellante, la circostanza della sottoscrizione digitale del modulo dell'offerta in formato pdf: anche su questo punto deve escludersi che la sentenza appellata (la quale ha correttamente evidenziato che *“detto documento costituisce la mera riproduzione del file excel compilato, in un diverso formato generato automaticamente dal sistema, e si presenta pertanto con un identico contenuto, ossia con l'evidente omissione della voce di prezzo”*), come tale inidoneo a risolvere la mancanza di espressa compilazione del prezzo, in senso difforme dalla regola di gara, e ha altrettanto correttamente escluso qualunque utilità a tal fine pure del documento riepilogativo dell'offerta, anch'esso meramente ricognitivo) sia incorsa in un fraintendimento o travisamento delle argomentazioni della ricorrente principale.

Infatti, considerato che la volontà negoziale di Telecom non è ricostruibile con certezza né dimostrabile (neanche dal modulo di offerta in pdf firmato era desumibile l'indicazione di un prezzo unitario pari a euro “0”), neppure assumono rilievo le asserite intenzioni della società o il fatto che la stessa si fosse o meno avveduta della difformità del totale parziale o complessivo rispetto alla sua effettiva volontà.

Come una dichiarazione a posteriori non può sanare un vizio o una carenza essenziale dell'offerta, analogamente la sottoscrizione del documento di offerta (che vale ai fini della riconducibilità dell'offerta presentata al firmatario, ma non consente di ratificare *ex post* un suo contenuto indefinito) è circostanza neutra ai fini della dimostrazione della manifestazione di volontà dell'offerente di indicare un determinato prezzo unitario per una determinata voce (che la legge di gara richiedeva a pena di esclusione).

5.8.1. Corretta risulta altresì la valutazione di legittimità, ragionevolezza e proporzionalità compiuta dal Tribunale regionale sulla clausola d'esclusione

prevista dalla *lex specialis* all'art. 17 del Disciplinare di gara per l'omessa indicazione anche di un solo prezzo unitario: si tratta, invero, di una valutazione non astratta né avulsa dal contesto di gara, che ha anzi tenuto conto delle illustrate concrete specificità della procedura evidenziale in esame (correlate alla ricordata possibilità per le amministrazioni beneficiarie dell'accordo di acquistare separatamente i singoli prodotti oggetto di fornitura).

L'esclusione prevista dal Disciplinare di gara non è contraria ai principi di proporzionalità e ragionevolezza, nella misura in cui la clausola in oggetto conferisce certezza al contenuto dell'offerta, onde consentire all'Amministrazione di non dubitare della veridicità di ogni singola voce di cui si compone l'offerta economica.

Inoltre, a fronte di carenze gravi e insanabili dell'offerta economica non risulta violato il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del Codice dei Contratti pubblici.

La mancanza dell'offerta economica, come pure la carenza o incertezza assoluta di un suo elemento essenziale (tale essendo, nel caso di specie, l'indicazione del prezzo unitario per il singolo prodotto o specifica opzione acquistabile) ovvero del suo contenuto, comportano infatti l'esclusione dalla gara, anche nel caso in cui la *lex specialis* sia silente sul punto; a maggior ragione nel caso in esame, in cui era chiara ed espressa la previsione della legge di gara, l'amministrazione, vincolata al rispetto delle regole intangibili che essa stessa si era data, non suscettibili di essere modificate o disapplicate (Consiglio di Stato, Sez. IV, 8 maggio 2019, n. 2991), era tenuta a disporre l'esclusione della concorrente, per carenza di un elemento essenziale dell'offerta economica e impossibilità di ricostruire la volontà negoziale ivi espressa, senza necessità di ulteriori approfondimenti istruttori.

5.9. La mancata determinazione di un prezzo unitario ha determinato, infatti, profili di inaffidabilità e incompletezza dell'offerta (cfr. in analogo fattispecie, Consiglio di Stato, Sez. V, 18 febbraio 2013, n. 976), nonché di incertezza nei

suoi contenuti, che hanno legittimamente condotto, secondo la valutazione discrezionale dell'amministrazione non inficiata da illogicità o irragionevolezza, all'esclusione della concorrente.

Tale incompletezza e indeterminatezza dell'offerta, che la società appellante, in violazione del principio di diligenza esigibile e autoresponsabilità (in virtù del quale grava sul concorrente l'onere di sopportare le conseguenze degli errori commessi in sede di formulazione dell'offerta), aveva omesso di compilare in modo corretto e regolare non poteva essere colmata mediante il ricorso a ragionamenti deduttivi da parte della stazione appaltante (che si sarebbero tradotti in interventi manipolativi, modificativi o integrativi delle offerta), pena la violazione dei principi di *par condicio*, di immodificabilità dell'offerta, di certezza e trasparenza delle regole di gara e del suo svolgimento.

Nel caso di specie, come rilevato, l'omissione di una voce non era tale da comunque consentire, in sede di esame dell'offerta, la ricostruzione senza margini di opinabilità della volontà dell'offerente, mediante il raffronto fra la somma dei prezzi unitari ed il prezzo globale.

Né era applicabile l'istituto del soccorso istruttorio, in forza della chiara previsione dell'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016 che ne esclude il ricorso nelle ipotesi di irregolarità e incompletezza dell'offerta economica, oltre che per sanare le carenze degli elementi sostanziali della medesima.

Non si trattava neppure di correggere "*errori materiali di calcolo*" nella compilazione dell'offerta (come nella diversa fattispecie, regolata dall'abrogato art. 90 del d.P.R. 554/1999, recante la disciplina per l'aggiudicazione al prezzo più basso determinato mediante offerta a prezzi unitari, esaminata nella sentenza richiamata dall'appellante, di cui a Cons. Stato, sez. VI, 17 gennaio 2011, n. 240): nella presente gara telematica un intervento dell'Amministrazione nel senso prospettato dall'appellante principale (la quale non aveva compilato la casella relativa al prezzo unitario per una voce e neppure quella inerente al corrispondente "*prezzo complessivo*

parziale” del modulo offerta, perché compilata automaticamente dal file *excel* con i dati preimpostati dall’Amministrazione) si sarebbe tradotta in un’illegittima integrazione della volontà omessa o comunque espressa in termini incerti. D’altra parte, contrariamente a quanto sostenuto da Telecom Italia, la restituzione del medesimo risultato non discende dall’asserita equiparazione di situazioni diverse (quella della compilazione con l’inserimento del valore pari a “zero” nella cella del file *excel* e quella della mancata compilazione della medesima), in tesi operata dalla Stazione appaltante, ma soltanto dall’errore commesso da Telecom che, nella formulazione della propria offerta, non ne compilato tutte le voci, come richiesto dal disciplinare di gara a pena di esclusione.

6. In conclusione, l’appello principale va respinto.

7. Alla reiezione dell’appello principale consegue l’improcedibilità per carenza di interesse dell’appello incidentale proposto da Irideos s.p.a., dovendosi al riguardo solo evidenziare che sono parimenti corrette e meritevoli di conferma le statuizioni della sentenza impugnata che non hanno esaminato con priorità (alla luce dei principi affermati dalla sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea 5 settembre 2019, nella causa C-333/18) e hanno dichiarato improcedibile il ricorso incidentale di primo grado spiegato dalla controinteressata, non potendo in effetti conseguire la stessa alcuna ulteriore utilità dal suo eventuale accoglimento.

8. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, principale e incidentale, come in epigrafe proposti, così provvede: *a)* respinge l’appello principale di Telecom Italia s.p.a.; *b)* dichiara improcedibile l’appello incidentale.

Condanna l’appellante principale Telecom Italia s.p.a. alla rifusione delle spese di lite a favore della Provincia Autonoma di Trento e di Irideos s.p.a. che

liquida complessivamente in € 5.000,00 (cinquemila/00) per ciascuna parte costituita, oltre oneri accessori se per legge dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO