

**APPALTI: Gara – Secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa – Soluzioni migliorative e varianti – Differenze e/o distinzioni – Individuazione.**

**Cons. Stato, Sez. V, 21 settembre 2022, n. 8123**

*“[...] in sede di gara d’appalto e allorquando il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, le soluzioni migliorative si differenziano dalla varianti perché le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall’Amministrazione, mentre le seconde si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva autorizzazione contenuta nel bando di gara e l’individuazione dei relativi requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l’opera proposta dal concorrente costituisce un aliud rispetto a quella prefigurata dalla Pubblica Amministrazione, pur tuttavia consentito [...]”.*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di G.O.R.I. – Gestione Ottimale Risorse Idriche S.p.A. e di 3P S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Viste le memorie delle parti;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 9 giugno 2022 il Cons. Annamaria Fasano e uditi per le parti l’avvocato Russo Marcello e l’avvocato Pulcini su delega di Mirabile;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1.La H2O Measurement & Systems S.r.l. (in seguito H2O) partecipava alla procedura ad inviti, indetta da Gestione Ottimale Risorse Idriche – G.O.R.I. S.p.A. (in seguito G.O.R.I.), per la stipula di un Accordo Quadro ai fini della fornitura di materiali occorrenti per la realizzazione di allacci idrici da 1” e 2” per le utenze idriche gestite dalla stessa stazione appaltante, ai sensi dell’art. 36, comma 8, del d.lgs. 50/2016, con un importo a base d’asta di euro 385.050,00, inferiore alla soglia comunitaria, in settore speciale, da affidarsi sulla base del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

2. La società, classificatasi in seconda posizione al termine dei lavori della Commissione giudicatrice, col punteggio complessivo di 69,09 (avendo ottenuto 66,38 punti per l'offerta tecnica e 2,71 per l'offerta economica, corrispondente ad un ribasso del 4,25%) dietro l'aggiudicataria 3P S.r.l. (in seguito 3P) con punti 79,17 (dei quali 69,17 punti per l'offerta tecnica e 10 per l'offerta economica, con un ribasso del 58%), impugnava dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Campania tutti gli atti di gara e, con ricorsi per motivi aggiunti, anche l'avviso di pubblicazione dell'aggiudicazione datato 19 gennaio 2021 e il "*Regolamento per l'affidamento degli appalti di lavori, beni e servizi di importo inferiore alle soglie comunitarie ai sensi dell'art. 36, comma 8, del d.lgs. 50/2016 della GORI S.p.A.*" edizione "02", emesso nel 2019 e depositato in giudizio dalla S.A. in data 14 giugno 2021.

Con il ricorso principale, la ricorrente lamentava, *inter alia*, che l'operato della S.A. era palesemente illogico avendo negato l'attribuzione del punteggio massimo (15 punti) ad H20, pur avendo la stessa offerto una indiscutibile miglioria del materiale dei raccordi. Essendo H20 l'unica concorrente che aveva migliorato le caratteristiche del materiale in questione, appariva evidente che, per effetto del meccanismo di riparametrazione 'al massimo' del sub- criterio A.3. (Disciplinare di gara), la Commissione giudicatrice avrebbe dovuto attribuire per esso n. 15 punti 'Tabellari', attestandosi a 84,09 punti complessivi, e così sopravanzando di 4,92 punti la 3P S.r.l.

L'esponente precisava che il punto 12 della lettera di invito, sub criterio 'A 3' rubricato "*Qualità dei materiali costituenti i raccordi offerti per la realizzazione degli allacci*" stabiliva, infatti, che per l'attribuzione di 15 punti "*è valutata la qualità dell'ottone costituente i raccordi offerti per la realizzazione degli allacci, in quanto migliorativa di quanto previsto a base di gara. Per l'offerta del materiale posto a base di gara non è attribuito alcun punteggio. L'operatore economico deve descrivere i raccordi offerti, allegando tutti i certificati di prova comprovanti le caratteristiche del materiale offerto*". La Commissione giudicatrice avrebbe dovuto tenere conto della qualità dell'ottone ADZ (CW602N), atteso che in sede di offerta era stata allegata una relazione tecnica da cui si rilevava che si era provveduto, nonostante i maggiori costi di approvvigionamento, a promuovere raccordi costruiti da barra di ottone ADZ (antidezincificazione) CuZn36Pb2As (CW602N) almeno venti volte migliore dell'ottone base CuZn40Pb2 (CW617N).

La società precisava, inoltre, che dall'accesso agli atti era emerso come le altre due concorrenti avevano invece confermato la fornitura secondo gli *standard* da capitolato, sicchè si presentava come l'unica partecipante ad aver 'migliorato' le caratteristiche del materiale utilizzato per la fornitura.

3. Il T.A.R., con sentenza n. 5660/2021, respingeva il ricorso principale e dichiarava improcedibili i ricorsi per motivi aggiunti. Il giudice di prima istanza, con specifico riferimento alla contestazione relativa alla omessa attribuzione del punteggio aggiuntivo, oggetto di devoluzione nel presente giudizio di appello, osservava come *“l’operato della Commissione sia esente da critiche anche sotto l’aspetto in esame (...). Infatti, posto che determinare la migliore qualità del materiale offerto in rapporto a quello posto a base di gara costituisce il frutto di una valutazione complessiva delle varie proprietà possedute dallo stesso, non riconducibili alla sola caratteristica della resistenza alla corrosione rimarcata dalla ricorrente, l’evidenziata presenza di arsenico nella lega, sia pure entro il limite normativo massimo, costituisce indubbiamente un elemento significativo da tenere in considerazione, nell’ambito del suindicato giudizio globale, per i suoi possibili effetti nocivi sulla salute”*.

4. Con atto di appello, notificato nei termini e nelle forme di rito, H2O Measurement & Systems S.r.l. ha impugnato la suindicata pronuncia, dichiarando, limitatamente ai capi n. 4.1., 4.3 e 4.4 della sentenza, di rinunciare alla devoluzione delle speculari censure introduttive, e lamentando *error in iudicando* per violazione e falsa applicazione dell’art. 12 (criterio A3) della lettera di invito in relazione al secondo motivo del ricorso introduttivo.

L’appellante ritiene sussistere un macroscopico errore commesso dal giudice di prima istanza, il quale non avrebbe ravvisato la palese illogicità dell’operato della S.A. allorché ha negato ad H2O Measurements & Systems S.r.l. l’attribuzione del punteggio massimo (15 punti), pur avendo la società offerto una indiscutibile migliona del materiale dei raccordi. L’attribuzione dei 15 punti in questione avrebbe consentito alla partecipante di sopravanzare la 3P S.r.l. aggiudicandosi la commessa, attestandosi a 84,09 punti complessivi, 4,92 punti in più della aggiudicataria.

H2O Measurement & Systems S.r.l. ha chiesto, pertanto, a questo Consiglio di Stato, che sia dichiarata l’inefficacia del contratto stipulato nel corso della definizione del giudizio, le reintegrazioni in forma specifica da disporsi mediante l’obbligo, a carico della stazione appaltante, di disporre l’aggiudicazione della gara di appalto e, per l’effetto la sottoscrizione del relativo contratto, e la condanna delle amministrazioni resistenti al risarcimento per l’equivalente dei danni subiti, nella misura in cui vengono quantificati, tenuto conto dell’utile di impresa, maggiorato dei pregiudizi patrimoniali per danno curriculare, oltre interessi e rivalutazione monetaria commisurato ad eventuali lavori eseguiti ed al pertinente corrispettivo che dovesse essere ingiustamente sottratto alla società ricorrente nelle more della definizione del merito della controversia.

5. G.O.R.I.- Gestione Ottimale Risorse Idriche S.p.a. si è costituita in resistenza, insistendo per il rigetto dell’appello.

6. 3P S.r.l. si è costituita in giudizio, eccependo l'inammissibilità, l'improcedibilità ed infondatezza del ricorso.

6.1. Le parti, con successive memorie e repliche, hanno articolato in maniera più approfondita le proprie difese.

6.2. All'udienza pubblica del 9 giugno 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

7. Con l'unico motivo di appello si denuncia: *“Error in iudicando – violazione e falsa applicazione dell’art. 12 (criterio A3) della lettera d’invito – violazione degli artt. 66 – 67 C.P.A. – Violazione e falsa applicazione della legge – violazione del principio della par condicio competitorum – travisamento – omessa ponderazione della fattispecie contemplata – ingiusta abiura del doveroso accertamento delle condizioni di fatto esposte in giudizio – eccesso di potere per carenza di istruttoria – violazione dei principi generali di buon andamento, trasparenza, correttezza, parità di trattamento – altri profili”*.

Il Collegio precisa che l'appellante ha espressamente dichiarato di rinunciare alla devoluzione in appello delle speculari censure introduttive relative ai profili motivazionali della decisione impugnata indicati ai capi n. 4.1., 4.3 e 4.4..

Ciò premesso, con l'illustrato mezzo, si lamenta l'errore del giudice di prima istanza, il quale non avrebbe ravvisato la palese illogicità dell'operato della S.A., che avrebbe negato ad H20 Mesaumerements & Systems S.r.l. l'attribuzione del punteggio massimo (15 punti), pur avendo offerto una miglioria del materiale dei raccordi (sub – criterio A3). L'appellante chiarisce che la lettera di invito della procedura di gara, al punto 12 (criterio di aggiudicazione), sub criterio “A3”, stabilisce espressamente l'attribuzione di 15 punti nell'ipotesi in cui la qualità dell'ottone, costituente i raccordi offerti per la realizzazione degli allacci, sia migliorativa di quanto previsto a base di gara.

Nella relazione tecnica allegata dalla società ricorrente, in sede di offerta, sarebbe stata precisata in modo dettagliato la qualità della suindicata miglioria, la quale non solo sarebbe pertinente allo scopo illustrato dalla documentazione di gara (utilizzo interrato), ma sarebbe anche l'unica miglioria ‘possibile ed attuabile’, in quanto garantirebbe un ottimo compromesso tecnico – economico.

L'esponente rappresenta, inoltre, che il tema della miglioria sarebbe stato oggetto di specifiche istanze di revisione stragiudiziali, rispetto alle quali la S.A. avrebbe fornito due note di riscontro che proverebbero la sufficienza dell'approccio e l'erroneità del giudizio finale dalla stessa espresso.

In particolare, dal tenore letterale della nota 9.2.2021, allegata agli atti, emergerebbe che la stazione appaltante non avrebbe ben compreso gli aspetti decisivi dell'offerta presentata da H2O, in quanto G.O.R.I. S.p.A., pur riconoscendo che la lega offerta è migliorativa rispetto alle caratteristiche del capitolato (sterilizzando e/o riducendo fortemente i noti effetti corrosivi che investono l'ottone *standard*), obietta la sussistenza di elementi che finirebbero per renderla migliore.

La sentenza impugnata sarebbe errata nella parte in cui si ritiene la correttezza dell'operato della Commissione di gara, la quale avrebbe incentrato il dibattito concorrenziale unicamente sulla presenza di arsenico all'interno del materiale utilizzato per la fornitura, senza considerare che tale presenza sarebbe conforme ai parametri indicati nel D.M. n. 174/2004, come stabilito dalla *lex specialis*.

In particolare, l'appellante precisa che risulterebbe *per tabulas*, il rispetto dei prodotti utilizzati alla specifica tecnica posta a base di gara, ossia la conformità al predetto D.M. n. 174/2004.

A tale riguardo, H2O riferisce di avere presentato i certificati relativi alla materia prima utilizzata e di avere prodotto in sede di gara un ulteriore certificato di analisi emesso dalla Iren Laboratori S.p.A., attestante una prova realizzata direttamente sul prodotto finale offerto nella procedura di gara in questione (certificato n.RE0650 del 20.2.2017), con cui si dimostra che anche il processo produttivo selezionato garantisce delle migrazioni globali che rientrano nei limiti previsti dal D.M. 174/2004, risultando conformi ad esso.

I temi emersi e chiariti in sede procedimentale sarebbero stati confermati nel corso del giudizio anche dalla perizia redatta dal prof. Marcello Gelfi, il quale, rendendo parere *pro veritate* del 14.6.2021, ha concluso che: “1) La scelta di utilizzare un prodotto realizzato in ottone ADZ (CW602N) rispetto all'ottone 'standard' (CW617N) è senza dubbio una scelta tecnica migliorativa, o addirittura doverosa, trattandosi di un'installazione interrata a contatto con terreni potenzialmente corrosivi; 2) In considerazione delle prescrizioni presenti nella procedura di gara indicate, la scelta di sostituire l'ottone 'standard' (CW617N) con un ottone inibito ADZ (CW602N) rappresenta attualmente la soluzione migliore al fine di garantire un ottimo compromesso tecnico – economico; 3) L'ottone ADZ (CW602N) selezionato e proposto da Greiner S.p.A. nella d'appalto CIG 8477728A74 è conforme al D.M. 174 del 2004”.

L'appellante, inoltre, con l'atto di impugnazione, ha proposto in via devolutiva domande risarcitorie formulate ai sensi degli art. 121 e ss. del cod.proc.amm., per effetto dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, della declaratoria di inefficacia del contratto e della domanda di subentro nella sua durata residua, per illegittima privativa della commessa.

8. L'appello è fondato e va accolto nei termini di cui in motivazione.

Il Collegio preliminarmente respinge l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo per tardività, proposta in questo giudizio da G.O.R.I. S.p.A. con memoria di costituzione. A tale riguardo precisa che la società appellante, contestando che l'avviso di aggiudicazione della gara sia stato pubblicato in data 19.1.2021, ha provato che tale avviso in realtà è comparso sul web non prima del 2 maggio 2021 mediante il deposito del *cache* registrato dal portale [www.google.it](http://www.google.it), recante come data ultima di fissazione della pagina degli avvisi della S.A. il 2.5.2021, ore 6.53.

8.1. Ciò premesso, risulta dai fatti di causa che H20 Measurements & Systems S.r.l. ha proposto in sede di offerta un raccordo realizzato in ottone ADZ (CW602N), in alternativa all'ottone c.d. *standard* (CW617N) previsto da Capitolato. Tale miglioria, autorizzata dalla *lex specialis*, se correttamente valutata dalla stazione appaltante, avrebbe consentito alla società di conseguire un punteggio aggiuntivo.

La lettera di invito al punto 12 (criterio di aggiudicazione), sub criterio "A3", infatti, stabilisce che per l'attribuzione del punteggio massimo (15 punti) è valutata la qualità dell'ottone costituente i raccordi offerti per la realizzazione degli allacci, in quanto migliorativa rispetto alla previsione di gara. Per l'offerta del materiale posto a base di gara non è attribuito alcun punteggio. L'operatore economico, inoltre, deve descrivere i raccordi offerti, allegando tutti i certificati di prova comprovanti le caratteristiche del materiale.

In particolare, a pag. 7, lett. 1 statuisce: *"il punteggio relativo a ciascuno dei criteri di valutazione di cui ai suddetti punti (...) A3(...) viene determinato come di seguito specificato. La Commissione di gara utilizza il metodo della media dei coefficienti, variabili tra zero ed uno, attribuiti discrezionalmente dai singoli commissari. Ciascun commissario esprime la propria valutazione secondo una scala di valori discreti. In particolare, come previsto dalle Linee Guida ANAC n. 2 di attuazione al d.lgs. 50/2016, recanti 'Offerta economicamente più vantaggiosa' e successive modifiche e integrazioni, una volta che ciascun commissario ha attribuito il coefficiente a ciascun elemento qualitativo, viene calcolata la media dei coefficienti attribuiti; poi, viene quindi attribuito il valore 1 al coefficiente più elevato e, di conseguenza, sono riparametrati tutti gli altri coefficienti. I coefficienti così assegnati sono moltiplicati per il punteggio massimo attribuibile al criterio in esame al fine di calcolare il punteggio da attribuire a ciascun elemento qualitativo, secondo la formula di seguito riportata:  $P_i = (C_i / C_m) \times P_{max}$ ".*

Il riconoscimento dei 15 punti in questione avrebbe consentito all'appellante di sopravanzare la società 3P S.r.l., aggiudicandosi la commessa, attestandosi a 84,09 punti complessivi, 4, 92 punti in più della controinteressata.

8.2. L'appellante riferisce che la proposta migliorativa è stata originata dalla consapevolezza, dettata dall'esperienza maturata sul campo e dalle ragioni tecniche 'oggettive' che orientano il mercato di riferimento, che l'ottone *standard* possa generare criticità qualora utilizzato con la finalità descritta nella procedura di appalto, ossia mediante installazione e posa interrata, emendabili mediante un materiale migliorativo quale sarebbe l'ADZ, lega concepita proprio per superare le problematiche dell'ottone *standard* in caso di installazioni interrate a contatto con terreni potenzialmente corrosivi.

La società, pertanto, ha proposto una scelta tecnica migliorativa, ritenuta dalla stessa doverosa, tenuto conto che la stazione appaltante avrebbe dovuto interrare i raccordi costruiti a base di ottone.

8.3. Secondo l'indirizzo ampiamente condiviso dalla giurisprudenza amministrativa: *“in sede di gara d'appalto e allorquando il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le soluzioni migliorative si differenziano dalla varianti perché le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione, mentre le seconde si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva autorizzazione contenuta nel bando di gara e l'individuazione dei relativi requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un aliud rispetto a quella prefigurata dalla Pubblica Amministrazione, pur tuttavia consentito (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5160; Cons. di Stato, Sez. V, 20 febbraio 2014, n. 819; Cons. di Stato, VI, 19 giugno 2017, n. 2969; Cons. di Stato, sez. V, 18 febbraio 2018, n. 1097; Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2021, n. 4754).*

La proposta migliorativa consiste in una soluzione tecnica che, senza incidere sulla struttura, sulla funzione e sulla tipologia del progetto a base di gara, investe singole lavorazioni o singoli aspetti tecnici dell'opera, lasciati aperti a diverse soluzioni, configurandosi come integrazioni, precisazioni e migliorie che rendono il progetto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste.

Nella fattispecie, la soluzione migliorativa offerta da H20 (raccordo realizzato in ottone ADZ (CW602N), consentita sulla base del progetto posto a base di gara, è consistita nella realizzazione di un prodotto resistente alla corrosione ed idoneo, per come risulta dai fatti di causa, a superare le criticità che patirebbe una lega *standard*, come quella prevista da capitolato, ove collocata nelle stesse condizioni ambientali.

Le caratteristiche del prodotto sono state dimostrate sia in sede di offerta, mediante allegazione di una relazione tecnica chiaramente esplicativa, sia in sede giudiziale, mediante i chiarimenti offerti dal parere *pro veritate* reso dal prof. Marcello Gelfi.

8.4. La S.A. non ha attribuito il punteggio aggiuntivo, non riconoscendo l'offerta migliorativa ed, in particolare, affermando con la nota del 9.2.2021, che *“il materiale proposto da – H20 Measurement & Systems s.r.l. – non è migliore rispetto a quello posto a base di gara, in quanto – e tra le altre cose – la circostanza che tale materiale abbia caratteristiche specifiche riguardo la resistenza alla corrosione, non è di per sé sufficiente a ritenerlo migliore, anche in considerazione che vi sono altri elementi che lo rendono invece peggiore rispetto a quello posto a base di gara (ad esempio, a mero titolo esemplificativo, il rischio potenziale connesso alla presenza nello stesso di arsenico)”*.

8.5. Dalla piana lettura del documento si desumono due considerazioni fondamentali.

La prima è che la stessa S.A. ha riconosciuto la specifica caratteristica del materiale proposto dalla società appellante, che sarebbe quella della “resistenza alla corrosione”. La seconda è che tale soluzione migliorativa non è stata concretamente apprezzata, tenuto conto del *“rischio potenziale connesso alla presenza di arsenico”*.

Con specifico riferimento alla presenza di ‘arsenico’, va rilevato che la società appellante, a ciò processualmente onerata, ha provato che la presenza di ‘arsenico’ nell’ottone ADZ (CW602N), utilizzato per la realizzazione del prodotto, è conforme ai parametri indicati dalla *lex specialis* e in particolare al D.M. 174 del 2004.

Dall’estratto della relazione tecnica presentata da H20 in sede di gara si evince che viene chiarito che il prodotto non supera i limiti di tollerabilità contenuto all’interno della normativa (UNI EN 12164: 2016, UNI EN 12165: 2011, UNI EN 12168: 2016 e D.M. n. 174/2004), ed è conforme e pienamente coerente con le finalità di utilizzo.

Anche il parere *pro veritate* del 14.6.2021 del prof. Gelfi, esibito dalla società appellante nel corso del giudizio, conclude affermando che *“l’ottone ADZ (CW602N) selezionato e proposto da Greiner S.p.A. nella gara di appalto CIG 8477728A74 è conforme al D.M. 174 del 2004”*.

L’appellante, inoltre, ha allegato i certificati di analisi rilasciati dalla Iren Laboratori S.p.A. relativi ad una prova realizzata direttamente sul prodotto finale offerto nella procedura di gara, da cui emerge che la materia prima utilizzata ed il processo produttivo selezionato garantiscono delle migrazioni globali che rientrano nei limiti previsti dal D.M. 174/2004, risultando conformi ad esso.

8.6. Da siffatti rilievi, consegue che non possono essere condivise le conclusioni rassegnate dal Tribunale adito, il quale non sembra tenere conto delle emergenze processuali, pur avendo riscontrato la conformità del materiale ai limiti indicati dal D.M. 174 del 2004, sicchè emerge

all'evidenza un vizio motivazionale della decisione impugnata nella parte in cui si afferma *“posto che determinare la migliore qualità del materiale offerto in rapporto a quello posto a base di gara costituisce il frutto di una valutazione complessiva delle varie proprietà possedute dallo stesso, non riducibili alla sola caratteristica della resistenza alla corrosione rimarcata dalla ricorrente, l'evidenziata presenza di arsenico nella lega, sia pure entro il limite normativo massimo, costituisce indubbiamente un elemento significativo da tenere in considerazione, nell'ambito del suindicato giudizio globale, per i suoi possibili effetti nocivi sulla salute”*.

9. Il Collegio, nell'affrontare la questione dei margini di valutazione delle offerte tecniche da parte della Commissione giudicatrice, nonché delle ragioni che giustificano la soluzione migliorativa proposta, quanto alla sua efficienza e rispondenza alle esigenze della stazione appaltante, è consapevole dell'ampia discrezionalità tecnica alla stessa conferita.

Nondimeno, non può omettere di evidenziare che l'insindacabilità nel merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti dalla Commissione subisce un arresto ove inficiata da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza manifesta.

Nel caso di specie, a fronte delle risultanze processuali, l'omessa attribuzione del punteggio aggiuntivo (15 punti) per la miglioria apportata ai raccordi offerti per la realizzazione degli allacci idrici, appare illogica ed irragionevole e, comunque, non congruamente giustificata dalla Commissione giudicatrice.

I meccanismi di valutazione delle offerte tecniche ed economiche, predeterminati da bando di gara, consente alle imprese di definire quella combinazione di condizioni tecniche ed economiche in grado di massimizzare le proprie convenienze e, al contempo, di realizzare l'apprezzamento della stazione appaltante, ciò anche in ragione della esigenza di innalzare il livello qualitativo delle prestazioni oggetto dell'appalto.

Il Collegio rileva che le proposte migliorative, su cui si fondano le doglianze della società appellante, sono conformi al bando di gara, non modificano le caratteristiche essenziali del prodotto, non alterano l'impostazione di fondo del materiale offerto, ma, al contrario lo rendono più fruibile e più aderente alle necessità della stazione appaltante. Ne consegue, che l'offerta tecnica non risulta incisa dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale ma solo arricchita dalle proposte in esame, che appaiono dunque correttamente qualificabili come 'proposte migliorative' integrative del progetto a base di gara e meritevoli di apprezzamento, tenuto conto dei macroscopici profili di illegittimità della valutazione tecnico – discrezionale riservata alla Commissione di gara che, nel caso in esame, in ragione dei rilievi espressi, sono venuti in evidenza.

A sostegno dell'assunto, è doveroso precisare che, fronte delle specifiche contestazioni illustrate dalla società appellante, G.O.R.I. S.p.A. si è limitata a precisare in memoria che: *“l'attribuzione del punteggio 0(zero) da parte della Commissione agli operatori economici è dunque derivato dal fatto che, dalla comparazione qualitativa fra il materiale a base di gara e quello offerto dal concorrente, è stato ritenuto che non vi fosse una sensibile miglioria, tale da dover considerare quello offerto come ‘migliore’”*.

10. Concludendo sul punto, l'appello in epigrafe deve essere accolto, e, in riforma della sentenza impugnata, in relazione all'illustrato mezzo, va accolto il motivo del ricorso originario articolato avverso i provvedimenti impugnati, con i quali non è stato disposto il riconoscimento dei punteggi aggiuntivi (15 punti) per l'assegnazione della commessa e si è provveduto alla contestuale aggiudicazione dell'appalto in favore della società 3P S.r.l.

Il Collegio rileva che, tenuto conto che H20 Measurement & Systems S.p.A. è stata illegittimamente esclusa dalla gara, va disposto l'annullamento dell'aggiudicazione e va dichiarata l'inefficacia del contratto ex art. 122 c.p.a., sottoscritto dalla società 3P S.r.l..

Quanto alla domanda di subentro, va precisato che resta impregiudicata ogni valutazione della Commissione giudicatrice in merito all'assegnazione della commessa, a seguito delle verifiche successive da effettuare ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto. L'efficacia della aggiudicazione a favore della società appellante, infatti, è subordinata al positivo esito delle verifiche del possesso dei requisiti di ammissione alla gara (art. 13, Regolamento).

H20 ha precisato, in memoria, che l'Accordo Quadro per cui è causa (con scadenza naturale fissata al p.v. 31.1.2024) è stato sottoscritto in data 14.1.2021, riferendo però di non avere notizie precise sulla relativa esecuzione del contratto. L'originaria aggiudicataria 3P S.r.l. non ha fornito alcun elemento dal quale desumere che il contratto ha avuto esecuzione in pendenza di lite.

Ciò premesso, va disposto il subentro della società appellante nel contratto per cui è causa, previa necessaria verifica, da parte della stazione appaltante, dei requisiti previsti dal bando di gara per l'aggiudicazione. A tale riguardo va rammentato che il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva, decidendo sulla domanda del ricorrente di conseguire l'aggiudicazione e di subentrare nel contratto, ai sensi degli artt. 122 e 124 cod. proc. amm., non fa che accertare la posizione soggettiva qualificata del ricorrente, la quale non può che coincidere con la posizione di interesse legittimo alla stipulazione del contratto che normalmente consegue all'aggiudicazione della gara; con la precisazione che essendo l'efficacia dell'aggiudicazione subordinata al possesso dei requisiti ex art. 32, comma 7, cod. proc. amm., e spettando tale verifica alla stazione appaltante, si tratta di una posizione di interesse legittimo pretensivo a sua volta condizionata per legge (senza necessità

che ciò sia statuito con la sentenza che ha annullato la precedente aggiudicazione) all'esito positivo della verifica del possesso dei requisiti in capo al ricorrente. Come si è avuto modo di chiarire in giurisprudenza, siffatto 'subentro' non va inteso in senso strettamente lessicale come successione nel contratto in essere con l'originaria aggiudicataria, ma sta ad indicare la situazione alternativa al rinnovo della gara, trattandosi di una situazione che consente di consolidare la procedura, prevedendo a favore del nuovo aggiudicatario 'la possibilità di subentrare nel contratto', in modo da sostituirsi all'originario vincitore della gara nella posizione di parte contraente con la stazione appaltante per l'esecuzione della prestazione indicata nell'offerta (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 26 gennaio 2021, n. 786).

Da siffatti rilievi consegue che non può disporsi, nella specie, il risarcimento del danno per l'equivalente, in difetto dei necessari presupposti, tenuto conto che ai sensi dell'art. 124 cod. proc. amm. non è consentito al giudice disporre il risarcimento per l'equivalente se dichiara l'inefficacia del contratto e dispone il subentro del ricorrente.

11. Le spese del doppio grado di giudizio vanno poste a carico di G.O.R.I. S.p.A. e 3P S.r.l., e liquidate a favore della società appellante nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, accoglie l'appello, come in epigrafe proposto, e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso originario proposto da H20 Measurement & Systems S.r.l. nei termini di cui in motivazione.

Condanna ciascuna delle parti soccombenti al pagamento delle spese di lite del doppio grado di giudizio a favore della società appellante, che liquida in complessivi euro 6000,00 (seimila/00), oltre accessori di legge se dovuti.

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

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore

IL SEGRETARIO