

APPALTI: Gara - Offerta - Distinzione tra soluzioni migliorative che si differenziano dalle varianti - Nozione delle une e delle altre - Individuazione.

Tar Campania – Napoli, Sez. I, 7 febbraio 2023, n. 884

“[...] 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 dalle 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; in tale prospettiva le proposte migliorative consistono pertanto in soluzioni tecniche che, senza incidere sulla struttura, sulla funzione e sulla tipologia del progetto a base di gara, investono 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 [...]”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Ing. della Gatta S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2022 il dott. Maurizio Santise e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente partecipava alla gara pubblica, indetta dal Comune di Pietravariano, per l'esecuzione dei lavori di “Risanamento ambientale Mediante Adeguamento, Potenziamento e Completamento della rete fognaria comunale e dell'impianto di depurazione”, con un importo a base d'asta di euro 5.494.343,78 oltre Iva, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, attraverso l'assegnazione di punti 85 per l'offerta tecnica, punti 5 per l'offerta tempo e punti 10 per l'offerta economica.

In particolare, la *lex specialis*, con riguardo all'offerta tecnica, disponeva che la modalità di attribuzione del punteggio avvenisse in ordine a tre criteri, così rubricati: A, B e C; il criterio B, a sua volta, era suddiviso in due sub-criteri (B.1 e B.2).

Il sub-criterio B.2 prevedeva l'assegnazione di 5 (cinque) punti al concorrente che proponesse "Soluzioni migliorative e/o integrative che garantiscono la facilità e l'efficienza di gestione, manutenzione degli impianti tecnologici a servizio della rete fognaria e dei 5 relativi impianti di depurazione".

In relazione a tale sub-criterio, la commissione di gara, all'esito dello scrutinio delle offerte tecniche, attribuiva punti 3,417 alla Ing. Della Gatta s.r.l. e punti 3,250 assegnati ad Eurosaf s.r.l.

A seguito delle operazioni di gara, la Commissione formava la seguente graduatoria definitiva:

1. ING. DELLA GATTA S.R.L. (Aggiudicataria) – 74.995 punti;

2. EURO SAF S.R.L. (Seconda) – 74.578 punti.

2. Con l'odierno ricorso, la società ricorrente impugnava, quindi, l'aggiudicazione definitiva disposta in favore della controinteressata, chiedendone l'annullamento, per i seguenti motivi:

I. Violazione di legge – Violazione della *lex specialis* di gara – Introduzione di varianti inammissibili – Violazione dell'art. 106 del d.lgs. 50/2016 – Difetto di istruttoria e di motivazione – Violazione della par condicio dei concorrenti – Violazione dell'art. 147 del d.lgs. 152/2006.

La Società Ing. Della Gatta s.r.l., nella qualità sopra indicata, si costituiva regolarmente in giudizio, contestando l'avverso ricorso e chiedendone il rigetto.

3. All'esito della camera di consiglio del giorno 6 luglio 2022, con ordinanza cautelare n. 1308 del 2022 veniva respinta la domanda cautelare.

Con ordinanza cautelare n. 3785/2022, la V sezione del Consiglio di Stato respingeva l'appello cautelare proposto dalla ricorrente avverso la predetta ordinanza emessa da questo T.A.R.

Alla pubblica udienza del 14 dicembre 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

4. Tanto premesso in punto di fatto il ricorso è infondato; per l'effetto, può prescindere dall'esame della eccezione in rito sollevata dalla società controinteressata in relazione alla omessa impugnazione della disciplina di gara contestualmente alla aggiudicazione o della genericità del ricorso, alla luce anche della ragione più liquida (cfr., Cons. Stato, Ad. pl. n. 5 del 2015).

Il ricorrente ha affidato l'impugnativa ad un unico motivo di ricorso con cui contesta l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione disposto in favore della controinteressata, in ragione di una asserita erronea valutazione dell'offerta tecnica da parte della stazione appaltante.

In particolare, parte ricorrente afferma che, con riferimento al criterio di valutazione di cui all'art. 18.1., lettera B.2. del disciplinare di gara, recante "Soluzioni migliorative e/o integrative che

garantiscono la facilità e l'efficienza di gestione, manutenzione degli impianti tecnologici a servizio della rete fognaria e dei relativi impianti di depurazione”, l'offerta della Aggiudicataria, premiata con 3,417 punti sui 5 disponibili, non avrebbe dovuto beneficiare di alcun punteggio, atteso che avrebbe inammissibilmente proposto delle varianti al progetto posto a base di gara, in luogo delle migliorie, andando illegittimamente a modificare l'oggetto dell'appalto.

5. Rileva il Collegio che, secondo un orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa, è escluso che il Giudice adito possa sovrapporre la propria valutazione al giudizio espresso dall'organo tecnico preposto all'esame delle offerte di una gara d'appalto, essendo quest'ultimo espressione di discrezionalità sindacabile nei limiti dell'illogicità della soluzione o di un evidente travisamento (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. V, 7/9/2022 n. 7795).

Sul punto è utile evidenziare che la giurisprudenza amministrativa consolidata (cfr., Consiglio di Stato, sez. IV, 18/11/2021, n.7715), ha precisato che: a) il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio dell'attività valutativa da parte della commissione giudicatrice di gara non può sostituirsi a quello della pubblica amministrazione, in quanto la valutazione delle offerte rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta alla commissione (Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2019, n. 6058); b) le censure che attingono il merito di tale valutazione (opinabile) sono inammissibili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutivo, fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica (v., tra le più recenti, Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2019, n. 173; sez. III, 21 novembre 2018, n. 6572); c) per sconfessare il giudizio della commissione giudicatrice non è sufficiente evidenziarne la mera non condivisibilità, dovendosi piuttosto dimostrare la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto (Cons. Stato, sez. III, 9 giugno 2020, n. 3694; sez. V, 12 marzo 2020, n. 1772”).

Su tale premessa, ad avviso del Collegio, nel caso di specie, l'operato della Amministrazione resistente non è censurabile dal punto di vista della manifesta illogicità, né pare essere frutto di un evidente travisamento dei fatti, posto che da una piana consultazione della offerta tecnica – relativamente al sub-criterio B2 – formulata dalla Ing. Dalla Gatta s.r.l., non sono ravvisabili elementi tali da integrare *ictu oculi* una modifica strutturale dell'opera oggetto di gara.

Invero, le proposte migliorative dell'aggiudicataria – quali “Verifica formazione fanghi nei comparti di ossidazione; Inoculo fanghi per accelerazione fase di avviamento;- Controllo funzionamento griglia in ingresso ed eventuale pulizia della stessa; Controllo del corretto funzionamento di tutte le apparecchiature installate e dell'assorbimento di corrente da parte delle stesse...ecc.” contenute all'interno della relativa Relazione tecnica – non sono idonee a trasformare il progetto di gara dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale.

A tal proposito, è pacifico che “In sede di gara d’appalto e allorché il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché le prime possono liberamente esplicarsi 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; in tale prospettiva le proposte migliorative consistono pertanto in soluzioni tecniche che, senza incidere sulla struttura, sulla funzione e sulla tipologia del progetto a base di gara, investono 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”(Consiglio di Stato sez. V, 15/11/2021, n.7602).

Pertanto, alla stregua delle ragioni sopra rappresentate, non è neppure apprezzabile la tesi prospettata da parte ricorrente secondo cui l’offerta formulata dalla controinteressata si sostanzierebbe in una proposta di gestione dell’impianto, stante, lo si ribadisce, la natura meramente migliorativa delle proposte formulate dalla aggiudicataria, da cui non emerge, né sembra essere sottesa, alcuna volontà di voler gestire l’opera, come asseritamente sostenuto dalla Euro Saf s.r.l., ma solo di predisporre opere volte alla manutenzione della stessa, come espressamente richiesto dal citato criterio B2. Conferma di tale ricostruzione si rinviene anche nella circostanza che l’aggiudicataria ha proposto di effettuare la manutenzione dell’impianto con una verifica da effettuare una sola volta al mese.

Risulta parimenti infondato il rilievo con cui parte ricorrente censura genericamente l’illegittimità del gravato provvedimento in riferimento all’asserita violazione dell’art. 147 del d.lgs. 152/2006, posto che trattasi di una disposizione dal contenuto programmatico che non presenta alcun nesso col caso di specie.

Ne consegue che il ricorso va respinto.

Le ragioni che hanno condotto alla presente decisione giustificano la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese di lite tra le parti.

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

Così deciso in Napoli nelle camere di consiglio dei giorni 14 dicembre 2022, 25 gennaio 2023, con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Giuseppe Esposito, Consigliere

Maurizio Santise, Consigliere, Estensore

IL SEGRETARIO
