

Il Consiglio di Stato si sofferma sulla distinzione tra varianti non consentite e migliorie ammesse nei confronti dei progetti di gara

di Marco Natoli

Data di pubblicazione: 29-3-2021

In primo luogo, osserva il Collegio che la giurisprudenza ha raggiunto sicuri e ragionevoli approdi, meritevoli di essere confermati anche nella presenta controversia, circa la distinzione tra varianti non consentite e miglioramenti ammessi rispetto ai progetti posti a base di gara (in tal senso, Cons. Stato, V, 8 ottobre 2019, n. 6793).

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, 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.

La valutazione delle offerte tecniche come pure delle ragioni che giustificano la soluzione migliorativa proposta quanto alla sua efficienza e alla rispondenza alle esigenze della stazione appaltante costituisce espressione di un'ampia discrezionalità tecnica (Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2018, n. 2853), con conseguente insindacabilità nel merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti dalla commissione, ove non inficiate da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza manifesta (Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2014, n. 1072; 14 novembre 2017, n. 5258).

Spesso nell'esecuzione delle gare sia la stazione appaltante che gli operatori economici si trovano nella situazione di far fronte al superamento di ostacoli, anche e soprattutto fattuali, che potrebbero alterare e modificare in senso peggiorativo il completamento della medesima opera.

La sentenza in argomento analizza ed affronta, nel caso in cui si faccia ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la tematica circa l'importante distinzione tra *varianti* al progetto e *miglioramenti* da apportare allo stesso.

Le due definizioni possono spesso indurre in difficoltà interpretative in quanto, in realtà, anche una variante può ottenere il risultato di apportare uno specifico beneficio a favore dell'opera.

Proprio per evitare tali incongruenze dottrina e giurisprudenza sono intervenute sull'argomento.

In particolare la quinta Sezione, nel rammentare la propria giurisprudenza (Cons. Stato 2873/2019), ha evidenziato le differenze tra i due istituti. Nello specifico i giudici dichiarano che gli *interventi migliorativi* hanno un ampio raggio di azione in quanto gli stessi possono intervenire su tutti gli aspetti essenzialmente tecnici dell'opera, trovando, tuttavia, un limite consistente nell'impossibilità di modificare le caratteristiche progettuali precedentemente stabilite dall'Amministrazione.

Le *varianti* da apportare all'opera, invece, intervengono drasticamente sulla stessa in quanto l'azione si rivolge direttamente sulla tipologia, sulla struttura e sulla funzione della costruzione. Non solo, l'effetto dirompente delle citate *varianti* necessita inesorabilmente di una preventiva autorizzazione da parte della stazione appaltante a favore dell'operatore economico. Inoltre tale autorizzazione sarà elargita dall'amministrazione solo nel caso in cui l'ente aggiudicatore, confrontando l'interesse pubblico con l'interesse del privato, si renderà conto che l'*aliud*, definitivamente approvato, produrrà esclusivamente risultati positivi.

Pertanto la Sezione precisa che le sopra richiamate proposte migliorative potranno essere accolte solo nel caso in cui le stesse producano *integrazioni, precisazioni e innovazioni* che rendano l'opera più appagante per le esigenze dell'amministrazione.

Pregio, inoltre, della pronuncia in argomento è quello di aver evidenziato come, nella tematica in oggetto, assuma particolare rilievo l'ampia discrezionalità tecnica che è in capo all'ente aggiudicatore. In sintesi il supremo Consesso rileva che la suddetta discrezionalità comporta, a sua volta, l'insindacabilità delle valutazioni e dei punteggi attribuiti dalla Commissione, sempre se non palesemente viziati da errori di fatto, illogicità e manifesta irragionevolezza.

Peraltro lo stesso ente aggiudicatore ha potuto non valutare le predette migliorie se le stesse non apparissero pertinenti ai criteri prestabiliti nella *lex specialis*; oppure valutarle in misura ridotta, se le medesime fossero carenti di dati o incomplete in relazione al progetto ed, infine, apprezzarle ampiamente, se collegate al miglioramento indicato dai criteri stabiliti dalla legge di gara.

In conclusione il ragionamento seguito dalla Sezione trova riscontro nella giurisprudenza, richiamata dallo stesso Collegio.

Infatti il supremo Consesso, nell'affermare l'ampio margine di discrezionalità tecnica riconosciuta alla Commissione, rileva come tale discrezionalità rimanga fuori dal sindacato del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 134 del codice del processo amministrativo (***Materie di giurisdizione estesa al merito***) tranne specifiche eccezioni.

In particolare, come sopra ricordato, nei casi di manifesta illogicità o irragionevolezza

della scelta tecnica o nelle situazioni di macroscopici errori di fatto.

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 03/03/2021

N. 01808/2021REG.PROV.COLL.

N. 04280/2019 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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 4280 del 2019, proposto da Bea di Beneventi E.A. S.r.l., in proprio e quale mandataria della costituenda associazione temporanea di imprese con La Pietrafesa Canio S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Bonito Oliva, Jacopo D'Auria, Francesco Buscicchio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Jacopo D'Auria in Roma, via G. P. Da Palestrina, n. 47;

contro

Claps Costruzioni del Geom. Donato Claps s.a.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Rocco De Bonis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Martini, n. 2;

nei confronti

Provincia di Potenza, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Emanuela Luglio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata, Sezione prima, 22 ottobre 2019, n. 360, resa tra le parti, concernente la procedura di affidamento in appalto dei

lavori di realizzazione della palestra a completamento del plesso scolastico in via Ancona di Potenza e per la sistemazione dell'area di pertinenza esterna;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Claps Costruzioni del Geom. Donato Claps s.a.s. e della Provincia di Potenza;

Visti tutti gli atti della causa;

Viste le ordinanze della Sezione del 22 ottobre 2019, n. 7190, con cui è stata disposta una verifica, e del 22 aprile 2020, di sostituzione del verificatore nominato;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 settembre 2020 il consigliere Angela Rotondano e preso atto della richiesta di passaggio in decisione, senza discussione, depositata dagli avvocati Bonito, D'Auria e Buscicchio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La BEA di Beneventi E.A. s.r.l. (di seguito "*BEA*") propone appello contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata in epigrafe, con cui è stato accolto il ricorso, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla Claps Costruzioni del Geom. Donato Claps S.a.s. (di seguito "*Claps*"), seconda graduata nella procedura aperta- da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa- relativa ai "*Lavori di realizzazione della palestra a completamento del plesso scolastico in via Ancona di Potenza e per la sistemazione dell'area di pertinenza esterna*", per un importo a base di gara pari ad € 1.100.000,00, indetta dalla Provincia di Potenza, ed è stata pertanto annullata l'aggiudicazione (disposta con determinazione n. 3386 del 18 dicembre 2018) a favore dell'appellante .

1.1. In particolare, all'esito della gara, cui hanno partecipato diciotto operatori economici, il r.t.i. composto dalla BEA e dalla Pietrafesa Canio s.r.l. ha riportato il punteggio di 77,42 (55,75 punti per l'offerta tecnica e 21,67 per quella economica), mentre la ricorrente il punteggio immediatamente inferiore di 75,52 (53,78 punti per l'offerta tecnica e 21,74 per quella economica).

1.1. Il Tribunale amministrativo ha ritenuto fondato il primo motivo aggiunto, con cui l'originaria ricorrente aveva sostenuto che l'offerta dell'aggiudicataria BEA, anziché limitarsi alla proposta di migliorie rispetto al progetto esecutivo a base di gara, conteneva varianti non consentite.

Nello specifico, sulla base della premessa per cui la normativa di gara aveva circoscritto la possibilità dei concorrenti di offrire migliorie ai soli «*criteri di valutazione*» delle offerte tecniche, come indicati nel bando di gara (cfr. pag. 14), il giudice di primo grado ha affermato che, in relazione al criterio A.1.1. concernente il «*Miglioramento del funzionamento strutturale rapportato mediante la riduzione di pesi propri del sistema di copertura e l'individuazione di dispositivi per l'isolamento sismico*», l'odierna appellante aveva previsto nella propria offerta, per quanto riguarda il miglioramento strutturale dell'edificio, la realizzazione di setti in cemento armato negli spigoli della palestra, anziché i pilastri e, per le fondazioni, un sistema di plinti del tutto differente da quello del progetto esecutivo.

2. L'appellante contesta le conclusioni del primo giudice, ovvero che la sua proposta progettuale non fosse attinente al sub-criterio, sostenendo che la sentenza avrebbe confuso quanto richiesto dal sub-criterio e travisato il contenuto della legge di gara; in via subordinata, assume che la sentenza avrebbe erroneamente ritenuto che la BEA dovesse essere esclusa dalla gara, posto che la legge di gara non sanzionava con l'esclusione la mancata corrispondenza tra l'offerta presentata e i criteri relativi alle migliorie che gli operatori economici potevano proporre, fermo il divieto di presentazione di varianti non consentite.

2.1. Nel chiedere la riforma di questa pronuncia la BEA ripropone anche l'eccezione di inammissibilità del ricorso della Claps Costruzioni per difetto di interesse ad agire, consistente nel mancato superamento della prova di resistenza nell'ambito di una procedura di affidamento in cui i punteggi per le offerte tecniche sono attribuiti con il metodo del confronto a coppie.

3. Si sono costituiti nel giudizio di secondo grado l'originaria ricorrente e la Provincia di Potenza, rispettivamente in resistenza ed adesione all'appello. La prima ha anche riproposto ex art. 101, comma 2, cod. proc. amm. i motivi di impugnazione non esaminati dal Tribunale amministrativo.

3. Abbinata al merito con l'accordo delle parti l'istanza cautelare, con ordinanza collegiale n. 7190/2019 del 22 ottobre 2019 è stata poi disposta una verifica con riferimento al quesito «*se la soluzione progettuale prevista dalla BEA sia equivalente sul piano funzionale all'isolamento sismico della struttura previsto dal sub-criterio di valutazione A.1.1 del Disciplinare di gara*»; e con successiva ordinanza, resa all'esito dell'udienza del 21 aprile 2020, è stata disposta la sostituzione del verificatore già nominato.

4. All'esito dell'incombente istruttorio la causa è stata trattenuta in decisione all'udienza del 24 settembre 2020.

DIRITTO

5. Va in via preliminare esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo, riproposta dall'appellante (con il primo motivo rubricato "Error in procedendo. *Violazione e falsa applicazione degli artt. 35, comma 1, lett. b), 39 e 64 del c.p.a. Violazione e falsa applicazione degli artt. 100 e 112 c.p.c. Violazione e falsa applicazione degli artt. 24, 103, 111 e 113 Cost.*"), per difetto di interesse ad agire, consistente nel mancato superamento della

prova della prova di resistenza, nell'ambito di una procedura di affidamento i cui punteggi per le offerte tecniche (cui è riservato dalla legge di gara un peso di 85/100) sono attribuiti con il metodo del confronto a coppie

5.1. Secondo l'appellante, la ricorrente di prime cure, seconda classificata, non avrebbe mai dimostrato, mediante la prova di resistenza- su essa incombente e nella sua piena disponibilità- che l'esclusione del RTI BEA avrebbe condotto, a seguito dell'esperimento di un nuovo confronto a coppie, all'aggiudicazione dell'appalto a suo favore.

La sentenza avrebbe, di conseguenza, erroneamente ritenuto l'irrilevanza, in concreto, del metodo di valutazione delle offerte tecniche, così trascurando che il confronto a coppie, in caso di esclusione dell'aggiudicatario, non consente di procedere al mero scorrimento della graduatoria in favore del secondo classificato (cioè della ricorrente stessa), ma impone, al contrario, di riformulare «*la graduatoria medesima, a séguito dell'esclusione da quella in precedenza formata del concorrente in essa risultato aggiudicatario, che implica che i confronti a coppie riguardanti il concorrente escluso non siano considerati (Cons. Stato, VI, 5 dicembre 2008, n. 6038, che ha statuito che in questi casi la modalità corretta di procedere è quella di non considerare sia i punteggi del concorrente escluso sia i punteggi conseguiti dagli altri concorrenti nel confronto a coppia con l'escluso; v. anche, nello stesso senso, Cons. Stato, V, 31 maggio 2011, n. 3257)*» (Cons. St., sez. V, 14 aprile 2016, n. 1495).

Sostiene, infatti, l'appellante BEA che la prova di resistenza va effettuata tenendo conto anche delle ulteriori attività procedimentali che la stazione appaltante, sulla base della *lex specialis*, per come appare delineata in esito all'impugnazione stessa ed alla luce degli atti di gara, in caso di annullamento sarebbe tenuta a porre in essere, in ragione dell'effetto conformativo derivante dalla sentenza di accoglimento del ricorso: altrimenti, si finirebbe per duplicare il contenzioso e prestare tutela, in prima battuta, al mero interesse "strumentale" all'annullamento dell'aggiudicazione in capo ad un soggetto al quale il bene della vita (l'aggiudicazione medesima) potrebbe non spettare direttamente; laddove, invece, l'utilità che colui che ricorre avverso gli atti di una procedura di gara tende a conseguire, sia essa finale o strumentale, deve derivare in via immediata e secondo criteri di regolarità causale dall'accoglimento del ricorso (Cons. Stato, V, 22 ottobre 2015, n. 4871).

In simile contesto - aggiunge l'appellante- non si tratta di pretendere che l'impugnazione sia necessariamente rivolta anche nei confronti di un soggetto collocato in graduatoria in posizione inferiore, bensì che le censure e le argomentazioni prospettate con il ricorso siano tali da dimostrare, se fondate, che l'aggiudicazione, sulla base degli accertamenti in quel momento possibili, spetterebbe (più precisamente, potrebbe spettare, in mancanza di sopravvenienze che lo stato degli accertamenti effettuabili in giudizio non consente di prevedere) al ricorrente, nonostante la presenza di altri concorrenti in grado di beneficiare dell'esclusione dell'aggiudicatario (Cons. Stato, III, n. 5696/2015, cit.); ed a tal fine il gravame proposto avverso l'aggiudicazione di un appalto pubblico deve essere sorretto, per essere ritenuto ammissibile, dalla c.d. prova di resistenza (Cons. Stato, III, 17 dicembre 2015, n. 5757; Cons. di Stato, V, 14 aprile 2016, n. 1495).

5.2. Ora, la ricorrente di prime cure (odierna appellata), nell'invocare a sostegno della sua

legittimazione ed interesse al ricorso la sua posizione di prima graduata all'ésito della pretesa esclusione dell'aggiudicataria, non avrebbe fornito tale prova alla luce della possibile ricostruzione, *ex ante* effettuabile, del procedimento vòlto alla rinnovazione dell'aggiudicazione una volta che fosse stata, in ipotesi, annullata quella oggetto del presente giudizio; e la sentenza che ha annullato l'aggiudicazione della gara, non avrebbe affatto valutato in concreto la sussistenza dell'interesse al ricorso, poiché, nel fare espressamente salva "*l'ulteriore attività della stazione appaltante*", avrebbe, del tutto erroneamente, obliterato che detta "ulteriore attività", in ragione dell'effetto conformativo derivante dal *dictum* giudiziale, sarebbe appunto consistita nell'esperimento di un nuovo confronto a coppie, senza il r.t.i. BEA e senza considerare neppure i punteggi conseguiti dagli altri concorrenti nel confronto a coppia con l'escluso.

La prova di resistenza in ordine alla circostanza che, se le operazioni di gara si fossero svolte correttamente, la ricorrente sarebbe risultata con certezza aggiudicataria (cfr. Cons. Stato, III, n. 5717/2015, cit.), andava dunque fornita mediante tale ricomputo "in via automatica" (Cons. Stato, VI, n. 6038/2008, cit.), che non può che condurre ad individuare in modo automatico (a seguito del veduto ricalcolo del punteggio per l'offerta tecnica e della sommatoria successiva dei punteggi attribuiti all'offerta temporale ed a quella economica) quella che risulterebbe la nuova "prima graduata" all'ésito dell'esclusione della precedente aggiudicataria, cui appunto mira il presente giudizio; laddove di ciò non vi sarebbe invece traccia alcuna nelle generiche ed apodittiche affermazioni spese dalla ricorrente a sostegno della tesi della sussistenza del suo interesse a ricorrere.

5.3. L'eccezione, ritiene il Collegio, è infondata.

5.4. Sotto un primo profilo, l'impraticabilità della c.d. prova di resistenza (che, come è noto, vale a dare corpo, in chiave di concreta utilità dell'accesso alla tutela giurisdizionale, ai fini della dimostrazione che l'ipotetica e prospettica fondatezza della domanda sarebbe effettivamente in grado di arrecare al ricorrente il vantaggio perseguito) è stata desunta dalla logica del criterio comparativo utilizzato per l'attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche.

5.5. In effetti, laddove l'attribuzione, sia pure necessariamente discrezionale, di un punteggio per ciascuna offerta in sé considerata legittima la verifica a priori del possibile esito alternativo, nel caso del c.d. confronto a coppie questa possibilità è esclusa dalla impossibilità di prevedere *ex ante* le conseguenze della comparazione, per definizione condizionate dall'attribuzione del punteggio preferenziale non in assoluto, ma in relazione ai singoli confronti tra le offerte, a due a due.

5.6. È, dunque, l'impossibilità di formulare un giudizio prognostico che vale ad assolvere dal relativo onere probatorio.

5.7. Ciò posto, la sentenza ha correttamente ritenuto che non potesse dubitarsi dell'utilità derivante dall'accoglimento del ricorso in considerazione della posizione di seconda classificata rivestita dalla ricorrente di primo grado.

5.8. Del resto, le tabelle del confronto a coppie sono state ritualmente depositate nel giudizio di

primo grado e da sole costituiscono prova del punteggio da attribuire all'originaria ricorrente in caso di rinnovazione delle operazioni di gara sulla base di un mero automatismo, consistente nel non considerare i confronti a coppie riguardanti il concorrente escluso.

5.9. Insomma, non può dubitarsi della legittimazione della seconda classificata e dell'interesse a conseguire il bene della vita, di ritrarre cioè, dall'accoglimento del ricorso, un'utilità non meramente virtuale, ma effettiva, diretta e attuale, quale è l'aggiudicazione della gara.

6. Può dunque ora procedersi ad esaminare l'appello nel merito.

7. Secondo la sentenza di primo grado, la stazione appaltante, nell'ambito della sua autovincolante discrezionalità, ha chiaramente ritenuto di circoscrivere le "proposte di integrazione" del progetto esecutivo, limitandole esclusivamente "a miglioramenti rientranti nei criteri di valutazione", con l'effetto di non ammettere integrazioni o modificazioni non rientranti nel perimetro così definito, da intendere con estremo rigore atteso il carattere perentorio della formulazione testuale della previsione di gara (sono ammessi i miglioramenti che siano riconducibili ai criteri di valutazione "con specifico ed esclusivo riferimento") e le rilevanti implicazioni che la questione controversa spiega sui principi della *par condicio* concorsuale, della trasparenza e del giusto procedimento.

7.1. La sentenza, muovendo da queste premesse, ha, quindi, rilevato, nello specifico, come l'offerta tecnica della BEA prevede, sul corpo strutturale, la realizzazione di setti in cemento armato negli spigoli della palestra, contrariamente al progetto esecutivo che invece prevede pilastri, mentre- sulle opere in fondazione- prevede un sistema di plinti del tutto differente da quello del progetto esecutivo; ha quindi osservato come viene qui in rilievo il sub criterio di valutazione A.1.1) – "Miglioramento del funzionamento strutturale rapportato mediante la riduzione di pesi propri del sistema di copertura e l'individuazione di dispositivi per l'isolamento sismico", tenuto conto della sua univoca pertinenza *ratione materiae* alle modifiche in evidenza, dal quale è invece desumibile come il miglioramento del funzionamento strutturale dell'edificio può essere apprezzato unicamente in relazione alla riduzione dei pesi della copertura e all'individuazione di dispositivi per l'isolamento sismico, ciò sia ai fini della valutazione delle offerte, sia, per quanto di maggiore rilievo, della modificabilità del progetto esecutivo. Per quanto astrattamente convergenti all'obiettivo generale del miglioramento del funzionamento strutturale dell'edificio, non possono rilevare dunque integrazioni progettuali "non strettamente collimanti con tali specifici ambiti", in coerenza agli spazi di modifica assentiti dalla stazione appaltante.

7.2. Pertanto, ad avviso del primo giudice, le proposte progettuali in contestazione non hanno nessuna attinenza con il richiamato criterio, in quanto non riconducibili né all'ambito degli interventi incidenti sul peso della copertura, né a quello dei dispositivi per l'isolamento sismico.

7.3. Secondo la sentenza di primo grado, le innovazioni afferenti al corpo strutturale e alle opere in fondazione non risultano, dunque, riconducibili alla categoria dei dispositivi di isolamento sismico, né ad alcun altro degli ambiti desumibili dai criteri di valutazione stabiliti dalla stazione appaltante: anche a voler ritenere, come sostenuto dall'aggiudicatario, che le

controverse modifiche sono dirette a realizzare *“un livello di prestazione equivalente all’isolamento sismico”*, ciò a tutto voler concedere potrebbe comprovare, secondo il primo giudice, un’equivalenza *“effettuale”* tra le modifiche e il *quid novi* ammesso dalla legge di gara, ma non *“sostanziale”* (*id est.* di tipo ontologico), nella prospettiva perseguita dalla legge di gara.

A tale *“eterogeneità contenutistica”*, non debitamente apprezzata dalla stazione appaltante, contro le prescrizioni della *lex specialis*, doveva perciò conseguire l’esclusione della BEA dalla gara e l’annullamento dell’aggiudicazione, con assorbimento degli ulteriori profili di censura di cui al medesimo motivo e del secondo motivo aggiunto, logicamente subordinato al primo.

8. L’appellante contesta le conclusioni cui è pervenuto il giudice di primo grado.

8.1. In particolare, con il secondo articolato motivo (rubricato *“Error in iudicando. Violazione e falsa applicazione della legge di gara. Violazione e falsa applicazione degli art. 83 e 95 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione del principio costituzionale di divisione dei poteri”*), l’appellante sostiene che ha errato la decisione impugnata nel ritenere che la proposta progettuale presentata dal RTI BEA, con riferimento specifico al corpo strutturale ed alle opere in fondazione, fosse non attinente al sub-criterio *“A.1.1.”* e non collimante con l’obiettivo generale del miglioramento del funzionamento strutturale dell’edificio.

La sentenza appellata avrebbe travisato, infatti, il contenuto della legge di gara, confondendo tra quanto dalla stessa richiesto (criterio *“A.1.1.”*: miglioramento del funzionamento strutturale) e gli strumenti prospettati dagli operatori economici per conseguire tale obiettivo. In tale prospettiva, è evidente che il RTI BEA, assunta la decisione di proporre un’integrazione al progetto esecutivo posto a base di gara, ha optato, in ossequio al summenzionato criterio *“A.1.1.”*, per un alleggerimento del sistema di copertura, ottenendo, di tal guisa, anche notevoli vantaggi dal punto di vista sismico.

Le modifiche sul corpo strutturale e sulle opere in fondazione, stigmatizzate dalla sentenza di primo grado, altro non rappresentano, quindi, che una scelta pienamente coerente con l’impostazione progettuale adottata, consistente in una copertura in legno significativamente alleggerita rispetto al progetto posto a base di gara. La coerenza progettuale trova giustificazione nel fatto che l’organismo strutturale deve essere sempre progettato in maniera unitaria, al fine di conseguire i livelli prestazionali e di sicurezza stabiliti dalle norme o, eventualmente, livelli superiori. Nel caso specifico, alle specifiche caratteristiche strutturali e geometriche della copertura proposta dovevano corrispondere strutture verticali adatte a garantire il comportamento strutturale d’insieme, tale da soddisfare i requisiti di progetto, nel rispetto delle norme tecniche vigenti.

In altri termini, la sentenza appellata avrebbe, a dire dell’appellante, confuso quanto richiesto dal subcriterio *“A.1.1.”* (ovvero il risultato di un determinato fine, pienamente raggiunto dall’offerta del r.t.i. BEA) con gli strumenti atti a realizzare tale richiesta (tra cui rientrano le modifiche proposte dal r.t.i. BEA, pienamente riconducibili ai miglioramenti di cui ai criteri di valutazione).

Insomma, le integrazioni proposte dall'appellante, oltre ad essere conformi al disciplinare di gara, assicuravano prestazioni sismiche analoghe a quelle ottenibili attraverso l'isolamento sismico.

A supporto dei propri assunti, l'appellante ha richiamato le conclusioni della consulenza tecnica di parte, già illustrate nella memoria depositata in data 4 marzo 2019 nel giudizio di prime cure, ma del tutto trascurate dal tribunale.

8.1.2. Con lo stesso mezzo, l'appellante si duole che il primo giudice avrebbe travalicato i limiti del proprio sindacato, ponendo in essere valutazioni tecnico-discrezionali, di competenza esclusiva della commissione giudicatrice, oltre a violare il principio di cui all'art. 112 c.p.c., avendo la ricorrente sempre ed esclusivamente sostenuto che l'aggiudicataria andava esclusa per aver presentato un'offerta in variante.

8.2. Con un secondo ordine di censure, in via subordinata, l'appellante assume che, comunque, la sentenza gravata ha errato nel ritenere che il RTI BEA dovesse essere escluso, offrendo una lettura della *lex specialis* di gara, disancorata dal dato testuale, in virtù della quale la stessa non ammetteva che potessero essere offerte «*integrazioni o modificazioni*» non afferenti ai «*miglioramenti rientranti nei criteri di valutazione*».

La *lex specialis* di gara si limitava, invece, ad affermare che «*l'offerta tecnica deve illustrare le proposte d'integrazione e di modifica delle lavorazioni contenute nel progetto esecutivo posto a base di gara, con specifico ed esclusivo riferimento a miglioramenti rientranti nei criteri di valutazione*» e, pertanto, non sanzionava con l'esclusione la mancata corrispondenza tra l'offerta presentata ed i criteri relativi alle migliorie che gli operatori economici potevano proporre, fermo restando il divieto della presentazione di varianti non consentite.

9. La Provincia di Potenza, nel ribadire la correttezza del proprio operato, ha, dal canto suo evidenziato che nelle varie proposte progettuali è stata mutata la tipologia dello schema strutturale dell'edificio, procedendo taluni offerenti solamente alla modifica delle dimensioni e del numero degli elementi portanti (come ha fatto l'aggiudicatario), altri arrivando alla sostituzione di tipologie fondali (come l'impresa Claps), altri ancora adottando perfino materiali e sistemi costruttivi distanti da quelli del progetto a base d'asta (quali telai in acciaio).

9.1. Tenuto conto che il macro-criterio previsto dal bando, di cui fa parte il citato sub criterio, prevede espressamente l'aumento della qualità del sistema edilizio, nessuna delle modifiche presentate è stata ritenuta inammissibile, tanto più che tutte le soluzioni prospettate dai concorrenti, pur con diverse modalità, sono state volte esclusivamente al miglioramento del funzionamento strutturale dell'edificio, esplicitamente ricercato dalla stazione appaltante e posto come criterio di valutazione.

9.2. Nello specifico, per quanto di interesse, le modifiche apportate dall'aggiudicatario alle fondazioni e alle strutture in elevazione, coerentemente con il criterio stabilito dal bando di gara, hanno condotto all'abbattimento (in misura di 910 tonnellate) delle masse eccitate sismicamente rispetto al progetto a base di gara (1240 tonnellate), con conseguente riduzione delle forze sismiche.

9.3. Per raggiungere tale ottimale funzionamento strutturale, coerente con le finalità stabilite dallo specifico criterio del bando di gara, l'aggiudicatario ha agito distintamente: 1) sulla copertura (contrariamente a quanto affermato dal Tribunale Amministrativo), che ha proposto di realizzare mediante l'ausilio di travi reticolari in legno lamellare a lunghezze e altezze variabili, accuratamente studiate per evitare fenomeni di svergolamento e appoggiate alle sottostanti strutture con interposti cuscinetti in gomma armata (per consentire le rotazioni e le dilatazioni ed evitare l'induzione di sovratensioni); 2) sulle strutture in elevazione, che sono state congegnate con dimensioni e collocazioni tali da costituire un involucro in forma scatolare estremamente rigida; 3) sul sistema fondale, schematizzato in logica corrispondenza rispetto alle strutture soprastanti e concepito in modo da concentrare la massima portanza nelle zone in cui sono più elevate le azioni verticali.

9.4. L'intervento in tal modo realizzato ha reso superfluo l'inserimento di dispositivi di isolamento sismico, come solitamente intesi.

9.5. In definitiva, le modifiche apportate al progetto di gara dai vari concorrenti sono state apprezzate dalla stazione appaltante in base al risultato raggiunto in termini di complessivo funzionamento strutturale dell'edificio.

10. Per l'originaria ricorrente, invece, rispetto a quanto previsto dal progetto esecutivo a base di gara, la proposta progettuale dell'a.t.i. Bea avrebbe previsto la totale variazione del corpo strutturale del fabbricato, con un sistema di plinti del tutto differente da quello del progetto a base di gara e con la realizzazione, invece dei pilastri, come nel progetto esecutivo, di setti in cemento armato nei quattro spigoli della palestra. In sintesi, tutte le modifiche alle strutture e alle fondazioni di cui all'offerta tecnica della BEA comporterebbero *“un palese stravolgimento e riprogettazione delle opere in fondazione e del corpo strutturale del fabbricato che non è attinente né conseguente ad interventi relativi agli ambiti individuati dai criteri di valutazione previsti dal bando di gara”*.

10.1. In conclusione, per l'originaria ricorrente, la soluzione proposta dall'appellante non sarebbe tecnicamente equivalente né minimamente rapportabile alla scelta dell'isolamento sismico operata dal progetto a base di gara, come richiesta dalla stazione appaltante con la legge di gara.

11. L'appello è fondato nei sensi e termini di seguito indicati.

11.1 In primo luogo, osserva il Collegio che la giurisprudenza ha raggiunto sicuri e ragionevoli approdi, meritevoli di essere confermati anche nella presenta controversia, circa la distinzione tra varianti non consentite e miglioramenti ammessi rispetto ai progetti posti a base di gara (in tal senso, Cons. Stato, V, 8 ottobre 2019, n. 6793).

In particolare è stato precisato (da ultimo Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2019, n. 2873) che *“...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 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, 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 ex multis Cons. di Stato, V, 24 ottobre 2013, n. 5160; Cons. di Stato, V, 20 febbraio 2014, n. 819; Cons. di Stato, VI, 19 giugno 2017, n. 2969; Cons. di Stato, III, 19 dicembre 2017, n. 5967; Cons. di Stato, V, 18 febbraio 2019, n. 1097; Cons. di Stato, V, 15 gennaio 2019, n. 374; per una disamina tra varianti migliorative e varianti non conformi al progetto posto a base di gara si veda: Cons. di Stato, V, 26 ottobre 2018, n. 6121; sulla non fattibilità tecnica della soluzione progettuale dell'offerente a causa della previsioni di varianti non consentite: Cons. di Stato, V, 18 marzo 2019, n. 1749)", così che in definitiva "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", è stato aggiunto anche che "...la valutazione delle offerte tecniche come pure delle ragioni che giustificano la soluzione migliorativa proposta quanto alla sua efficienza e alla rispondenza alle esigenze della stazione appaltante costituisce espressione di un'ampia discrezionalità tecnica (Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2018, n. 2853), con conseguente insindacabilità nel merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti dalla commissione, ove non inficiate da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza manifesta (Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2014, n. 1072; 14 novembre 2017, n. 5258)".

11.2. Tanto premesso, nella procedura per cui è causa, il bando di gara (pag. 12) stabiliva che "L'offerta tecnica deve illustrare le proposte d'integrazione e di modifica delle lavorazioni contenute nel progetto esecutivo posto a base di gara, con specifico ed esclusivo riferimento a miglioramenti rientranti nei criteri di valutazione."

I criteri di valutazione dell'offerta tecnica indicati nel bando, in relazione ai quali è stata prevista dalla stazione appaltante la possibilità di apportare variazioni al progetto, sono stati così individuati:

A.1 Aumento della qualità dei materiali impiegati e del sistema edilizio:

a.1.1 Miglioramento del funzionamento strutturale mediante la riduzione di pesi propri del sistema di copertura e l'individuazione di dispositivi per l'isolamento sismico.

a.1.2 Adozione di materiali isolanti, di sistemi e materiali di rifinitura e di elementi di completamento /serramenti, bussole, ecc) con caratteristiche prestazionali almeno equivalenti a quelli di progetto, ma di maggior compatibilità ambientale, e miglioramento opere di mitigazione del soleggiamento

A.2 Miglioramento degli impianti tecnologici:

a.2.1 Introduzione di dispositivi innovativi impiantistici, da installare su adozione di tecnologie per la riduzione di costi di manutenzione, del risparmio energetico e il controllo a distanza degli impianti

A.3 Opere e servizi aggiuntivi e opzionali:

a.3.1 Previsione e realizzazione di percorsi sensoriali e installazione di dispositivi per l'accesso e l'uso da parte di soggetti ipovedenti e ciechi.

La *lex specialis* ha, dunque, ammesso la modificabilità del progetto esecutivo da parte dei partecipanti, sia pure entro i confini dell'oggetto della gara.

11.3. Ciò posto, risulta dagli atti e non è contestato che, in linea con le statuizioni del bando, tutte le offerte pervenute hanno previsto soluzioni migliorative e sono state ammesse, in quanto ritenute dalla commissione idonee a migliorare la funzionalità, sicurezza e qualità dell'opera.

La stazione appaltante, in conformità alle previsioni della *lex specialis*, ha, dunque, apprezzato le modifiche apportate al progetto di gara dai concorrenti in base al risultato raggiunto in termini di complessivo miglioramento del funzionamento strutturale dell'edificio: ciò in quanto l'introduzione di analoghe soluzioni ingegneristiche (mediante eventuali modifiche ed integrazioni rispetto alle lavorazioni contenute nel progetto esecutivo poste a base di gara), idonee a soddisfare nel complesso il risultato del miglioramento del funzionamento strutturale dell'edificio, perseguito dalla stazione appaltante, non costituiva variante inammissibile al progetto esecutivo.

In modo non illegittimo, pertanto, la commissione di gara ha ritenuto le modifiche al progetto posto a base di gara, contenute nell'offerta tecnica dell'aggiudicatario, quali ammissibili integrazioni volte a soddisfare le esigenze, manifestate nel bando dalla stazione appaltante, di conseguire il miglioramento del funzionamento strutturale dell'edificio, nel suo insieme, essendo pacifico peraltro che detta soluzione progettuale prevedeva un alleggerimento della copertura, come specificamente richiesto dal sub-criterio in questione.

11.4. In secondo luogo, è decisivo osservare che la legge di gara non ha previsto alcun meccanismo di esclusione delle offerte che proponessero opere migliorative del progetto originario non riconducibili ai criteri valutazione.

Di conseguenza, le proposte di miglioramento dei concorrenti sono state dalla commissione: a) non valutate, se non apparivano pertinenti ai criteri prestabiliti; b) valutate in misura ridotta, se, pur astrattamente riconducibili ai criteri, erano carenti di dati dimensionali o incomplete sotto il profilo progettuale; c) pienamente apprezzate, se connesse al miglioramento indicato dai criteri e derivanti dalla verifica della fattibilità della proposta stessa.

Ciò appare conforme a consolidati principi giurisprudenziali in base ai quali l'attività di

qualificazione delle proposte progettuali è caratterizzata da un ampio margine di discrezionalità tecnica della commissione giudicatrice, che rimane fuori dal sindacato del Giudice amministrativo ai sensi dell'art. 134 cod. proc. amm., tranne nei casi di manifesta irragionevolezza della scelta tecnica (Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2015, n. 601), ove inficiata da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza manifesta (*ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 14 novembre 2017, n. 5258; 7 marzo 2014 n. 1072). Giova poi anche evidenziare che, nell'ambito della gara da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è lasciato ampio margine di discrezionalità alla commissione giudicatrice (cfr. Cons. Stato, V, 11 dicembre 2015, n. 5655), anche quanto alla valutazione delle ragioni che giustificano la soluzione migliorativa proposta e la sua efficienza, nonché quanto alla rispondenza alle esigenze della stazione appaltante.

11.4.1. La legge di gara, pertanto, non sanzionava con l'esclusione la mancata corrispondenza tra l'offerta presentata ed i criteri relativi alle migliorie che gli operatori economici erano meramente facultizzati a proporre, fermo restando il divieto della presentazione di varianti non consentite: ipotesi, quest'ultima, non ricorrente nel caso di specie, come accertato anche (cfr. il punto 8.1.2. della sentenza appellata) dal giudice di primo grado con riferimento al RTI BEA.

Alla luce di tali coordinate ermeneutiche sulla distinzione tra varianti e migliorie al progetto esecutivo a base di gara, risulta evidente che, anche nel caso di non corrispondenza, in tutto o in parte, della soluzione progettuale proposta al sub-criterio "A.1.1.", l'unico profilo di illegittimità dell'operato della Commissione giudicatrice poteva essere rinvenuto nella assegnazione al concorrente del punteggio effettivamente attribuito in sede di gara (salvo quanto *infra* si dirà), a ciò non conseguendo, per converso, la comminatoria di esclusione, stante l'assenza, sul punto, di una siffatta clausola della legge di gara e pena la violazione dei principi del *favor participationis* e di tassatività delle cause di esclusione.

11.5. Alla luce delle precedenti considerazioni e delle riportate previsioni della legge di gara, la stazione appaltante ha, dunque, in modo non illegittimo né irragionevole o illogico valutato che la previsione di un intervento migliorativo, volto ad assicurare il raggiungimento del medesimo obiettivo perseguibile con la tecnica suggerita dal bando, non potesse essere considerata causa di esclusione di una offerta, in assenza di peraltro di un'espressa previsione della *lex specialis*.

È opportuno, infatti, ribadire che la citata previsione della legge di gara non poneva alcuna questione di non ammissibilità delle offerte recanti miglioramenti non riconducibili, in modo specifico ed esclusivo, ai criteri di valutazione (cfr. pag. 12 del Bando, nella propria versione rettificata).

La sentenza di primo grado è errata, dunque, nella parte in cui ha rilevato che l'approccio progettuale del RTI BEA, con riferimento al sub-criterio "A.1.1.", era meritevole di esclusione; la stessa, al più, avrebbe dovuto censurare l'operato della Commissione giudicatrice in ordine ai punteggi dalla stessa assegnati *in parte qua*.

Il bando di gara, infatti, richiedeva ai concorrenti di presentare proposte migliorative

espressamente in relazione al miglioramento del funzionamento strutturale dell'edificio, mediante possibili interventi, quali l'alleggerimento dei pesi in copertura e l'isolamento sismico, ma non imponeva, a pena di esclusione, di proporre, in sede di offerta tecnica, una soluzione progettuale che garantisse l'isolamento sismico o un equivalente dello stesso: in altri termini, le concorrenti potevano proporre, ai fini della attribuzione di un miglior punteggio, tale miglioria rispetto al progetto a base di gara (come fatto dalla ricorrente di primo grado).

Insomma, il progetto a base di gara non prevedeva l'isolamento sismico, indicato dalla legge di gara soltanto come soluzione migliorativa del progetto esecutivo, unitamente alla riduzione delle masse di copertura: trattandosi di proposte migliorative, non sussisteva alcun obbligo di introdurle nell'offerta tecnica, essendo invece possibile per i concorrenti migliorare le prestazioni strutturali dell'edificio, utilizzando una delle due soluzioni (sì da ottenerne il relativo punteggio).

Dunque, la stazione appaltante, pur nella chiara diversità delle soluzioni proposte dalle due imprese (la BEA e la Claps), per come emersa anche dalla disposta verifica (sul punto si veda quanto *infra* si dirà al successivo paragrafo), ne ha correttamente e in modo non irragionevole considerato la sostanziale rispondenza alle richieste del bando di gara, che mirava al miglioramento del funzionamento strutturale dell'edificio e, per tale via, all'aumento della qualità del sistema edilizio.

11.6. Come già accennato in fatto, poiché la medesima appellante, con gli articolati motivi di gravame, sosteneva che la propria soluzione si sarebbe posta in rapporto di equivalenza funzionale con i dispositivi di isolamento sismico, testualmente previsti dal medesimo sub-criterio di valutazione, e che detta soluzione (oltre ad essere naturale, necessitata e coerente conseguenza dell'alleggerimento della copertura) rientrava appieno nelle strategie orientate a conseguire un comportamento di tipo non dissipativo delle strutture rispetto all'azione sismica (trattandosi, in tesi, di strutture progettate per subire danni limitati o nulli anche in presenza di azioni sismiche di intensità elevata e dunque volte a garantire *«prestazioni superiori, identiche a quelle raggiungibili attraverso l'isolamento sismico»*, secondo quanto previsto dalla normativa tecnica di settore [Norme Tecniche per le Costruzioni (NTC) italiane]), sì da realizzare, in definitiva, un maggior grado di sicurezza e un innalzamento dei livelli prestazionali), il Collegio ha disposto una verifica, ai sensi dell'art. 66 cod. proc. amm., da svolgersi nel contraddittorio delle parti, sul seguente quesito: *«dica il verificatore se la soluzione progettuale prevista dalla Bea di Benvenuti sia equivalente sul piano funzionale all'isolamento sismico della struttura previsto dal sub-criterio di valutazione delle offerte previsto al punto A.1.1. del disciplinare di gara»*.

11.6.1. Nell'ordinanza collegiale si chiariva che restava comunque *“impregiudicata allo stato ogni questione relativa alla necessità che il sub-criterio di valutazione in contestazione importasse necessariamente di prevedere in sede di offerta l'isolamento sismico della struttura – su cui l'originaria ricorrente Claps Costruzioni ribadisce la tesi positiva”*.

11.6.2. Orbene, il verificatore, muovendo dai contenuti dell'offerta tecnica migliorativa presentata dalla BEA, all'esito del confronto tra la soluzione progettuale proposta da quest'ultima e l'alternativa progettuale che prevede l'isolamento sismico della costruzione-

soluzioni volte egualmente a garantire la protezione sismica della struttura- ha concluso che la soluzione progettuale prevista dalla BEA non è equivalente sul piano funzionale all'isolamento sismico della struttura previsto dal sub-criterio di valutazione delle offerte previsto al punto A.1.1. del disciplinare di gara.

11.6.3. Con argomentazioni esaustive, logiche e coerenti, che il Collegio qui recepisce, il verificatore ha, dunque, rilevato che non vi è perfetta equivalenza fra le costruzioni a comportamento non dissipativo e quelle dotate di isolamento sismico alla base, in quanto tali diversi approcci progettuali, quanto meno in linea generale, possono non condurre ai medesimi livelli prestazionali: a tacer d'altro, *“a seguito di un evento sismico, la risposta dinamica delle strutture isolate è tale da garantire una ridotta sensazione di panico da parte delle persone e un elevato grado di protezione di tutto quanto contenuto nella struttura”* (cfr. pag. 17 della Relazione finale del verificatore). È del resto riconosciuto dallo stesso consulente tecnico dell'appellante (sebbene con talune precisazioni, riferite al caso specifico, per collocazione, al piano terra, della palestra, nonché per lo specifico utilizzo, la destinazione e la natura dell'edificio) che le ridotte accelerazioni di una costruzione dotata di isolamento sismico rispetto ad una a base fissa riducono, in generale, la percezione del sisma da parte degli occupanti e perciò la possibilità di danni ai contenuti; e lo stesso consulente ammette che si possa perciò concedere *“un qualche minimo vantaggio alla soluzione con isolamento sismico”*, come poi avvenuto nei giudizi della Commissione.

11.6.4. Come chiaramente dedotto da parte appellante, l'isolamento sismico è, infatti, una tecnica che consente di ottenere una significativa riduzione delle accelerazioni nella struttura, grazie all'introduzione di dispositivi deformabili e dotati di una elevata capacità di spostamento e di dissipazione, interposti tra la fondazione e la struttura, sì da rendere il nuovo sistema strutturale più “lento” e di conseguenza meno sensibile al sisma, senza dover, in genere, richiedere ulteriori accorgimenti progettuali.

11.6.5. In aggiunta, il verificatore- quanto alle osservazioni della BEA (la quale, con la consulenza di parte, ha inteso dimostrare, attraverso operazioni di calcolo, che la concezione strutturale della sua proposta è tale da condurre ad un comportamento non dissipativo ed è quindi rivolta ad un considerevole innalzamento dei livelli prestazionali), ha chiarito che, pur condividendo i contenuti di detti calcoli, *“proprio la necessità della dimostrazione fatta tramite un calcolo specifico conferma il fatto che non si possa affermare, in termini generali, che una struttura a pareti a base fissa sia equivalente da un punto di vista funzionale ad una isolata alla base”* (pag. 21 della Relazione finale-Allegato1)

11.6.6. Su queste basi, la disposta verifica ha coerentemente e logicamente concluso che la garanzia di avere una domanda sismica molto più bassa come quella corrispondente alle strutture isolate rispetto a quelle a setti con base fissa *“porta a collocare, in generale, le strutture isolate in una posizione privilegiata e funzionalmente diversa rispetto a quelle a base fissa nei confronti della protezione sismica degli elementi non strutturali e degli impianti”* (pag. 22 della Relazione finale).

11.6.7. Pertanto, il verificatore ha pure precisato che- anche se l'offerta migliorativa avesse dichiarato di mirare ad una struttura a base fissa con comportamento non dissipativo ed

avesse esplicitato i parametri necessari per valutare l'equivalenza funzionale tra la soluzione proposta e quella ottenibile con isolamento sismico- essa comunque non avrebbe potuto essere considerata equivalente ad una struttura con isolamento sismico in quanto differente sarebbe stato, sul piano funzionale, il livello di protezione nei riguardi degli elementi non strutturali.

11.7. Acclarata, dunque, la sicura non equivalenza funzionale delle due soluzioni progettuali quanto meno sul piano generale (salvo poi il possibile accertamento di detta equivalenza in concreto e sul piano empirico, accertamento riservato alla commissione di gara, sulla base delle informazioni inferibili dall'offerta della concorrente, contenute nella relazione della proposta progettuale BEA), appare logico che la soluzione dell'isolamento sismico potesse risultare, nell'ottica delle migliorie richieste dalla legge di gara, più premiante e che di ciò la Commissione dovesse tenere conto nell'assegnare i punteggi, in sede di confronto a coppie.

11.8. In conclusione, osserva il Collegio che: 1) il progetto esecutivo a base di gara non prevedeva l'isolamento sismico; 2) l'isolamento sismico costituiva, viceversa, una miglioria corrispondente, nello specifico, al controverso sub-criterio a.1.1. inerente al "miglioramento del funzionamento strutturale" della costruzione; 3) l'aver previsto o meno l'isolamento sismico nelle proposte progettuali delle concorrenti incideva, pertanto, solo sull'assegnazione dei punteggi, ma non dava luogo ad esclusione dalla gara; 4) le due soluzioni- quella progettuale della BEA e quella, migliorativa, dell'isolamento sismico, non sono equivalenti, almeno in linea generale, sul piano funzionale, come accertato dalla verifica, e ciò spiega come mai l'isolamento sismico costituisse un miglioramento e si attribuisse per esso un punteggio premiale; 5) ciò non toglie che sul piano concreto ed empirico (tramite le informazioni desumibili dall'offerta tecnica della BEA e la relazione tecnica allegata al progetto) la commissione potrà verificare, ai soli fini dell'attribuzione del punteggio, la sostanziale ed ontologica equivalenza delle due soluzioni, e se le stesse garantiscano i medesimi livelli prestazionali, nell'ottica del miglioramento del funzionamento strutturale dell'edificio o, come previsto, dal macro criterio dell'aumento della qualità del sistema edilizio.

11.8. 1. Pertanto, poiché la *lex specialis* di gara indicava in modo chiaro che le soluzioni proposte come miglioramento strutturale dovevano risultare equivalenti o superiori rispetto al progetto definitivo presentato dalla stazione appaltante, la commissione ha correttamente ritenuto che la soluzione progettuale proposta dalla ditta BEA non prefigurasse una causa di esclusione dalla gara, pur ritenendo preferibile e meritevole di un punteggio premiale la soluzione con gli isolatori sismici proposta dalla seconda classificata.

La ditta BEA non va pertanto esclusa dalla gara, ma la stazione appaltante dovrà rinnovare le valutazioni delle offerte tecniche, tenuto conto che l'aggiudicataria ha proposto una soluzione progettuale che (pur prevedendo la "*riduzione di pesi propri del sistema di copertura*") non prevedeva, viceversa, l'isolamento sismico, e quindi non era, in linea generale, equivalente sul piano funzionale a quanto richiesto dal sub-criterio di valutazione delle offerte previsto al punto a.1.1. del disciplinare di gara, per il miglioramento del funzionamento strutturale dell'edificio, fatte salve le ulteriori verifiche sopra specificate, riservate alla commissione di gara, da effettuarsi sulla base delle informazioni inferibili esclusivamente dal progetto della concorrente e dalla relazione tecnica ad esso allegata.

12. L'accoglimento dell'appello, nei sensi e termini su indicati, impone lo scrutinio dei motivi riproposti dall'originaria ricorrente, non esaminati perché assorbiti dalla sentenza appellata.

12.1. Anche detti motivi sono, ad avviso del Collegio, infondati.

12.2. Con la prima censura (rubricata "*Violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del D.lgs. 50/2016 e della lex specialis di gara nella parte in cui stabilisce le modalità di attribuzione del punteggio per le offerte tecniche e limita la possibilità delle proposte migliorative a miglioramenti rientranti nei criteri di valutazione. Manifesta illogicità ed irragionevolezza nella attribuzione dei punteggi. Difetto di istruttoria e di motivazione, erroneità nei presupposti e violazione del principio del giusto procedimento e della par condicio dei concorrenti*"), l'appellata ha, infatti, sostenuto che la Provincia avrebbe dovuto escludere il RTI Bea in quanto l'offerta presentata avrebbe previsto significative varianti strutturali su alcune parti del progetto esecutivo, in relazione alle quali il bando non avrebbe consentito neanche la presentazione di proposte migliorative, siccome estranee ai criteri di valutazione, contro la lettera dell'art. 95 del Codice dei contratti pubblici.

12.3. Il motivo è infondato.

12.4. Come già evidenziato, il bando di gara stabiliva testualmente che "*l'offerta tecnica deve illustrare le proposte di integrazione e di modifica delle lavorazioni contenute nel progetto esecutivo posto a base di gara con specifico ed esclusivo riferimento a miglioramenti rientranti nei criteri di valutazione*" (pag. 25 del Bando; pag. 12 della Rettifica del Bando).

La *lex specialis* consentiva, pertanto, anche proposte in modifica al progetto esecutivo posto a base di gara, fermo restando il divieto di varianti, e stabiliva, al contempo, che le proposte di integrazione e modifica alle lavorazioni previste nel primo dovevano valutarsi "*con specifico ed esclusivo riferimento*" ai criteri e sub-criteri di valutazione. La mancata corrispondenza della prevista miglioria ai criteri di valutazione incideva, però, solo sull'assegnazione del punteggio, impedendo di valutare la modifica progettuale proposta oppure rendendola meritevole di un minor punteggio.

Quanto già evidenziato nell'esame dei motivi di appello proposti da BEA, consente, dunque, di rigettare anche le ulteriori censure qui riproposte dall'appellata.

12.5. Ad approfondimento delle precedenti considerazioni, osserva il Collegio che è altresì infondata l'affermazione della Claps secondo cui "*la gara non aveva ad oggetto modifiche progettuali di natura esecutiva né tantomeno prevedeva o consentiva la redazione di elaborati tecnici di natura esecutiva, altra condizione sicuramente rilevante così come anche ritenuto dalla giurisprudenza del Tribunale*"

Gli elaborati allegati all'offerta tecnica hanno la finalità di illustrare le proposte migliorative presentate dal RTI BEA.

Come bene dedotto dall'appellante, gli allegati all'offerta tecnica sono costituiti dai seguenti elaborati grafici: 1. pianta del sistema fondale; 2. pianta e prospetti strutture emergenti in

cemento armato; 3. sistema di copertura e sezioni strutturali.

I predetti elaborati consentono di comprendere pienamente l'impostazione progettuale e di conoscere le caratteristiche dimensionali e tipologiche del sistema strutturale: gli stessi rispondono, quindi, pienamente alla necessità di illustrare in maniera esaustiva il progetto in relazione ai criteri di valutazione del bando di gara.

Il RTI BEA, quindi, non ha presentato alcun elaborato tecnico di natura esecutiva, come sostenuto dalla Claps, ciò dimostrando ulteriormente l'infondatezza della tesi prospettata da quest'ultima in ordine alla presentazione di elaborati che, operando su un piano esecutivo, avrebbero offerto varianti al progetto esecutivo posto a base di gara.

12.6. Per analoghe ragioni sono infondati tutti gli argomenti di cui alla prima censura dell'atto di motivi aggiunti, con cui si è sostenuto che il RTI aggiudicatario avrebbe proposto modifiche strutturali non rispondenti ai criteri di aggiudicazione.

Non si tratta infatti di varianti né di uno stravolgimento o riprogettazione delle opere in fondazione o della struttura del fabbricato, ma di modifiche volte a definire un miglioramento del comportamento strutturale.

In particolare, relativamente ai punti 1.b e 1.c, l'appellante ha dimostrato che tutte le modifiche oggetto di censura investono singole lavorazioni o singoli aspetti tecnici dell'opera e rispondono a precise esigenze di natura tecnica, assicurando all'opera miglioramenti dei livelli qualitativi, o direttamente riconducibili a sub-criteri del bando di gara (a.2.1 e a.3.1), o derivanti da studi di dettaglio che caratterizzano la qualità complessiva dell'offerta, con particolare riguardo alle fasi di cantiere, alla risoluzione delle interferenze e alla possibilità di successivi miglioramenti, in base alle esigenze dichiarate dalla stazione appaltante.

Ne consegue che nessuna delle proposte progettuali del RTI BEA (nello specifico, indicate ai punti 1.a., 1.b., 1.c. di cui alla prima censura dell'atto di motivi aggiunti) comporta stravolgimento o riprogettazione di opere previste nel progetto esecutivo a base di gara: anche a voler ritenere la non attinenza delle migliorie proposte agli specifici ambiti individuati dai criteri di valutazione previsti dal bando di gara, ciò, come detto, non comporterebbe comunque l'esclusione della concorrente, incidendo al più sull'attribuzione dei punteggi e sul conseguente posizionamento in graduatoria, nell'ambito delle ulteriori valutazioni rimesse alla discrezionalità tecnica della commissione giudicatrice, in sede di rinnovazione della valutazione delle offerte tecniche.

12.7. Con una seconda censura contenuta nell'atto di motivi aggiunti (rubricata «*Violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del D.lgs 50/2016 e dei criteri di attribuzione dei punteggi previsti dal bando di gara. Manifesta illogicità ed irragionevolezza nella attribuzione dei punteggi. Difetto di istruttoria e di motivazione, erroneità nei presupposti e violazione del principio del giusto procedimento e della par condicio dei concorrenti*»), la Claps ha contestato, sotto altro profilo, l'assegnazione, in favore del RTI BEA, del punteggio relativo al sub-criterio "a.1.1", relativo alla voce "*Miglioramento del funzionamento strutturale rapportato mediante la riduzione di pesi propri del sistema di copertura e l'individuazione di dispositivi per*

l'isolamento sismico".

Come già rilevato in sede di esame dell'appello, secondo la prospettazione della ricorrente di primo grado, il RTI BEA avrebbe previsto soltanto l'alleggerimento della copertura, ma non l'individuazione di dispositivi sismici: l'assegnazione dei punteggi da parte della Commissione (n. 20,00 punti alla Claps; n. 19,97 al RTI BEA) sarebbe stata, quindi, illegittima, posto che l'aggiudicataria avrebbe dovuto conseguire, secondo la Claps, n. 10,00 punti, ovvero la metà di quelli relativi al sub-criterio "a.1.1".

12.8. Acclarato che, in generale, la progettazione di cui alla proposta del RTI BEA non è del tutto equivalente in via funzionale all'isolamento sismico (come confermato dalla relazione di verifica), è però anche vero che, come sostenuto dall'appellante e dalla Provincia, nell'ambito del sub-criterio "a.1.1" fossero non solo possibili, ma finanche auspicabili scelte progettuali che tenessero conto delle caratteristiche generali dell'opera e della sua destinazione d'uso, per garantire le migliori prestazioni, in termini di riduzione dei danni attesi e di innalzamento dei livelli di sicurezza e di protezione garantiti.

Ciò posto, in primo luogo, alla luce di quanto evidenziato, non può essere condiviso l'assunto dell'appellata secondo cui a ciascuna delle due strategie progettuali indicate nel sub-criterio "a.1.1" per il "miglioramento del funzionamento strutturale" si debba attribuire metà del punteggio, con la conseguenza che l'ottenimento del massimo punteggio relativo debba essere legato all'utilizzo contemporaneo delle due strategie, indipendentemente dalla loro coerenza e/o effettiva necessità e dai miglioramenti ottenuti, quantificabili in termini di prestazioni, riconducibili ad ambiti riservati alle valutazioni tecnico-discrezionali della commissione. Tale assunto non trova, infatti, riscontro alcuno nella documentazione di gara. Vero è, invece, che la valutazione della soluzione progettuale deve essere effettuata sulla base del criterio in questione considerato nel suo insieme, verificando in concreto se e con quali modalità l'edificio oggetto di progettazione, inteso come organismo unitario, soddisfi le esigenze perseguite dalla stazione appaltante, come delineate negli atti di gara.

12.9. Invero, deve poi anche rilevarsi che la ricorrente, attraverso il frazionamento del sub-criterio "a.1.1.", tenta di ottenere – in via giudiziale – una rideterminazione del punteggio che sconfini, inesorabilmente, in una richiesta a questo giudice di sostituirsi inammissibilmente alla commissione di gara in ordine a profili alla stessa esclusivamente riservati.

Com'è noto, infatti, la Commissione giudicatrice, che sia chiamata ad individuare l'offerta tecnica economicamente più vantaggiosa attribuendo i punteggi ai suoi diversi elementi, *"ha ampia discrezionalità tecnica, che resta insensibile al sindacato giurisdizionale se esercitata in linea con i criteri predefiniti dalla lex specialis di gara e non presenta inattendibilità o macroscopiche irrazionalità ed incongruenze: il vaglio del giudice amministrativo su tali valutazioni è estrinseco, nei limiti della rilevabilità iudiciali dei vizi di legittimità dedotti, senza comportare sostituzioni all'Amministrazione, perché sarebbe sconfinamento vietato – in virtù del principio di separazione dei poteri - della giurisdizione di legittimità nella sfera amministrativa»* (Cons. St., sez. V, 18 dicembre 2017, n. 5934; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 27 marzo 2018, n. 702; Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 11 gennaio 2018, n. 8).

12.9.1. Sarà dunque la commissione di gara, nella rinnovazione della valutazione dell'offerta tecnica del RTI BEA, disposta da questo Consiglio di Stato, ad attribuire i punteggi per le proposte di integrazione e modifica alle lavorazioni del progetto esecutivo, con specifico ed esclusivo riferimento ai criteri e sub-criteri indicati nella legge di gara, nell'esercizio della sua discrezionalità tecnica, non sindacabile nel merito, ove non inficiata da macroscopici errori di fatto, da profili di illogicità o da irragionevolezza manifesta (*ex multis* Cons. di Stato, sez. III, 14 novembre 2017, n. 5258; 7 marzo 2014, n. 1072; sez. III, 19 dicembre 2017, n. 5967).

13. In conclusione, l'appello va accolto nei sensi e termini di cui in motivazione, a ciò conseguendo il rigetto del ricorso di primo grado, comprese le censure di cui ai motivi ivi formulati, non esaminati e assorbiti dalla sentenza impugnata, e qui riproposti dall'appellata ai sensi dell'art. 101, comma 2, cod. proc. amm..

14. Sussistono giusti motivi, in considerazione della complessità delle questioni trattate, per disporre la compensazione tra le parti delle spese di giudizio, mentre le spese per i compensi spettanti al verificatore nominato, come da richiesta depositata agli atti devono porsi, in solido, a carico di ciascuna delle parti, in quote uguali.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e termini di cui in motivazione, e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado. Respinge altresì i motivi del ricorso di primo grado riproposti dall'appellata Claps Costruzioni del Geom. Donato Claps s.a.s. ai sensi dell'art. 101, comma 2, cod. proc. amm.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

Liquida al verificatore nominato (con ordinanza collegiale n. 2549/2020) il compenso di € 15.762,78 (quindicimilasettecentosessantadue/78), detratto quanto già eventualmente ricevuto dalle parti a titolo di acconto, ponendolo, in solido, a carico di ciascuna delle parti, in quote uguali.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 settembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Raffaele Prosperi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore



Anna Bottiglieri, Consigliere