

Le varianti migliorative nelle procedure di evidenza pubblica basate sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

di Benedetta Risolo

Data di pubblicazione: 5-10-2015

Tar Campania, Salerno, Sez. I, 22 settembre 2015, n. 2054

Presidente Urbano; Estensore Severini

Il principio contenuto nell'art. 76, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 che – nelle gare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – consente la presentazione di varianti, riposa sulla circostanza che la stazione appaltante ha maggiore discrezionalità e soprattutto sceglie il contraente valutando non solo criteri matematici ma anche la complessità dell'offerta proposta, sicché nel corso del procedimento di gara potrebbero rendersi necessari degli aggiustamenti rispetto al progetto base elaborato dall'amministrazione. (T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 22 settembre 2015, n. 2054).

In ordine alle varianti progettuali in sede di offerta in gare aggiudicate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si ammettono varianti migliorative riguardanti le modalità esecutive dell'opera o del servizio, purché non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto, che si ponga come del tutto alternativo rispetto a quello voluto dalla p.a.. Risulta essenziale che la proposta tecnica sia migliorativa rispetto al progetto base, che l'offerente dia contezza delle ragioni che giustificano l'adattamento proposto e le variazioni alle singole prescrizioni progettuali, che si dia la prova che la variante garantisca l'efficienza del progetto e le esigenze della p.a. sottese alla prescrizione variata. Viene lasciato un ampio margine di discrezionalità alla commissione giudicatrice, trattandosi dell'ambito di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. (Cons. Stato Sez. V, 27-03-2015, n. 1601; conferma T.A.R. Puglia - Lecce, Sez. II, 18 dicembre 2014, n. 3120).

La previsione esplicita della possibilità di presentare varianti progettuali in sede di offerta (a fortiori in un appalto di lavori basato sulla progettazione preliminare), è stata oggi generalizzata dall'art. 76 del codice dei contratti pubblici (per qualsivoglia appalto); l'amministrazione deve indicare, in sede di redazione della lex specialis, se le varianti sono ammesse e, in caso

affermativo, identificare i loro requisiti minimi. (Cons. Stato Sez. V, 27-03-2015, n. 1601; conferma T.A.R. Puglia - Lecce, Sez. II, 18 dicembre 2014, n. 3120)

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso, numero di registro generale 801 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
B. Costruzioni s. r. l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti ***, con domicilio eletto presso l'Avv. ***;

contro

Comune di P., in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avv. ***, con domicilio eletto, in ***;

nei confronti di

Scav. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

Eu. S. s.a.s. del Geometra L.D. & C., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avv.ti ***, con domicilio in ***;

per l'annullamento

(atto introduttivo del giudizio)

a) della determina n. 27 dell'11/03/2015, con la quale sono stati approvati i verbali di gara e s'è disposta l'aggiudicazione dei lavori di "Opere di infrastrutture per i sistemi urbani, ivi compresi fabbricati per attività culturali, riassetto e qualificazione della viabilità dell'abitato di P.", in favore della società Eu. S. s.a.s.;

b) della comunicazione d'avvenuta aggiudicazione dell'11.03.2015, notificata a mezzo p. e. c. il 12.03.2015, e della successiva rettifica del 10.04.2015;

c) di tutti i verbali di gara, dal n. 1 al n. 7, nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione delle ditte prime graduate, e, in ogni caso, hanno attribuito loro i punteggi per l'offerta tecnica;

d) del bando e del disciplinare, ove lesivi dell'interesse della ricorrente;

e) d'ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale;

nonché per l'accertamento

del diritto della ricorrente all'aggiudicazione dell'appalto, in sede di giurisdizione esclusiva, ex art. 133 c. p. a., con eventuale declaratoria dell'inefficacia del contratto stipulato, e subentro nell'affidamento;

(atto di motivi aggiunti)

degli stessi atti, già impugnati con il ricorso introduttivo, e inoltre:

f) della determina n. 176 del 10.06.2015, d'aggiudicazione definitiva dell'appalto alla società Eu. S. s.a.s.;

g) della comunicazione d'avvenuta aggiudicazione definitiva dell'appalto, ex art. 79, comma V, lett. a), del d. l.vo 163/2006, notificata via p. e. c. in data 11.06.2015;

h) d'ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale;

nonché per l'accertamento

del diritto della ricorrente all'aggiudicazione dell'appalto, in sede di giurisdizione esclusiva, ex art. 133 c. p. a., con eventuale declaratoria dell'inefficacia del contratto stipulato, e subentro nell'affidamento;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di P. e della Eu. S. s.a.s. del Geometra L.D. & C.;

Visto il ricorso incidentale, proposto da quest'ultima;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 16 luglio 2015, il dott. Paolo Severini;

Uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue;

FATTO

Con l'atto introduttivo del giudizio, erano impugnati gli atti e provvedimenti, relativi all'appalto specificato in epigrafe, dell'importo a base di gara pari a € 881.679,08 oltre IVA, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base di una pluralità di elementi di natura qualitativa e quantitativa (prezzo punti 10; pregio tecnico funzionale ed estetico punti 85; tempo di esecuzione punti 5); evidenziava la ricorrente che "gli allegati tecnici della procedura di gara hanno chiaramente delimitato l'ambito di intervento, circoscrivendo le soluzioni migliorative esclusivamente all'interno di tale area" e che il bando aveva previsto, per ciascuno degli elementi di valutazione, criteri motivazionali, vincolanti per la commissione giudicatrice (seguiva specifica); che la commissione di gara, all'esito delle

valutazione delle offerte tecniche ed economiche, aveva redatto la graduatoria definitiva, che vedeva, ai primi tre posti, la Eu. S. s.a.s., con punti 92,333, al secondo posto la Scav. s.r.l., con punti 91,407 e al terzo posto la B. Costruzioni s. r. l., con punti 90,459, cui aveva fatto seguito l'aggiudicazione dell'appalto in favore della prima graduata, con determina del responsabile del procedimento del Comune di P., n. 27 dell'11.03.2015; tanto premesso, la ricorrente articolava le seguenti censure:

1) Violazione di legge (artt. 76 e 83 codice appalti – 96 R. D. 523/1904); Violazione del bando di gara (Tavola SFI del progetto esecutivo a base di gara) e dei principi di trasparenza, ragionevolezza, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa; Difetto assoluto di motivazione; Eccesso di potere (arbitrarietà, iniquità, sviamento, travisamento, carenza d'istruttoria, difetto assoluto del presupposto, illogicità manifesta): l'impresa aggiudicataria andava esclusa, per aver presentato, in relazione al sub elemento 2.1, un'offerta migliorativa, in contrasto con le prescrizioni di gara; la stazione appaltante aveva – nel progetto esecutivo – delimitato l'area interessata dall'intervento, circoscrivendo – nella tavola SFI – l'ambito territoriale, oggetto del confronto, anche in chiave migliorativa, pena l'inammissibilità delle proposte che si fossero poste al di fuori dell'ambito in questione; e la Eu. S. s.a.s. avrebbe, appunto, offerto migliorie su un'area “completamente diversa da quella oggetto di gara”, onde andava esclusa dalla gara; inoltre le opere, poste al di fuori dell'area d'intervento, erano state collocate “sul terrapieno adiacente le sponde del fiume Tanagro, in violazione delle distanze legali e dei divieti di cui all'art. 96 del R. D. 523/1904”; in subordine, le offerte migliorative “esterne al perimetro d'intervento” non avrebbero dovuto essere destinatarie d'alcun punteggio, con conseguente “azzeramento e/o riduzione dei punti assegnati all'aggiudicataria per l'elemento sub 2.1”, e con la precisazione che l'azzeramento, od anche una minima riduzione del punteggio in questione, sarebbero state sufficienti a sovvertire gli esiti di gara, posto che all'aggiudicataria erano stati attribuiti, per detto sub elemento, 46,875 punti, e che il distacco tra la ricorrente e la medesima era di appena 1,9 punti; le suddette considerazioni valevano, del resto, anche con riferimento all'elemento sub 2.3, per il quale la Eu. S. s.a.s. aveva previsto migliorie “al di fuori dell'area d'intervento”;

2) Violazione di legge (artt. 76 e 83 codice appalti); Violazione del bando di gara (Tavola SFI del progetto esecutivo a base di gara) e dei principi di trasparenza, ragionevolezza, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa; Difetto assoluto di motivazione; Eccesso di potere (arbitrarietà, iniquità, sviamento, travisamento, carenza d'istruttoria, difetto assoluto del presupposto, illogicità manifesta): gli esiti di gara erano illegittimi, anche con riferimento ai punteggi assegnati, all'impresa prima graduata, per il sub elemento 2.3 (arredo urbano); seguiva il confronto delle offerte dell'aggiudicataria e della ricorrente, volto alla dimostrazione della “evidente superiorità in termini quantitativi e qualitativi dell'offerta” della seconda, laddove le migliorie, proposte dalla prima, concernevano soluzione o estranee all'area d'intervento, ovvero n. 17 proiettori a led, che andavano piuttosto valutati nell'ambito del sub elemento 2.1; ciò nonostante, la ricorrente s'era vista assegnare appena 6,875 punti, a fronte degli 8,750 punti, attribuiti all'aggiudicataria; ma anche solo l'iscrizione del medesimo punteggio alla due concorrenti sarebbe stata sufficiente a comportare l'aggiudica dell'appalto, in favore della ricorrente;

3) Violazione di legge (artt. 76 e 83 codice appalti); Violazione del bando di gara (Tavola SFI

del progetto esecutivo a base di gara) e dei principi di trasparenza, ragionevolezza, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa; Difetto assoluto di motivazione; Eccesso di potere (arbitrarietà iniquità, sviamento, travisamento, carenza d'istruttoria, difetto assoluto del presupposto, illogicità manifesta): l'impresa Scav. s.r.l., seconda graduata, andava invece esclusa dalla gara, per aver inserito, nell'offerta tecnica, elementi di natura economica, id est, nella relazione tecnica (elaborato 2.2/1), la stessa avrebbe anticipato il dato economico/prezzo di alcune migliorie, già in sede di valutazione dell'offerta tecnica; anche il bando di gara prevedeva del resto – pag. 17, primo capoverso – un'espressa comminatoria espulsiva, ove nell'offerta tecnica fossero contenuti riferimenti all'ammontare delle migliorie o all'offerta economica (era citata giurisprudenza della Sezione, a sostegno);

4) Violazione di legge (artt. 76 e 83 codice appalti); Violazione del bando di gara (Tavola SFI del progetto esecutivo a base di gara) e dei principi di trasparenza, ragionevolezza, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa; Difetto assoluto di motivazione; Eccesso di potere (arbitrarietà iniquità, sviamento, travisamento, carenza d'istruttoria, difetto assoluto del presupposto, illogicità manifesta): del resto anche la Scav. s.r.l., in relazione ai sub elementi 2.1 e 2.3, aveva proposto soluzioni migliorative, all'esterno del perimetro d'intervento, come individuato dalla *lex specialis*, con conseguente sua esclusione ovvero, in subordine, azzeramento o riduzione del punteggio, alla medesima attribuito, e aggiudicazione dell'appalto, in favore della ricorrente;

5) Violazione di legge (artt. 76 e 83 codice appalti); Violazione del bando di gara (Tavola SFI del progetto esecutivo a base di gara) e dei principi di trasparenza, ragionevolezza, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa; Difetto assoluto di motivazione; Eccesso di potere (arbitrarietà iniquità, sviamento, travisamento, carenza d'istruttoria, difetto assoluto del presupposto, illogicità manifesta): era ribadita la censura sub 2), stavolta con riferimento all'impresa, seconda graduata (Scav. s.r.l.), volta a dimostrare "l'evidente superiorità in termini quantitativi e qualitativi dell'offerta della ricorrente", rispetto al sub elemento 2.3, laddove le migliorie, proposte dalla Scav. s.r.l., riguardavano "soluzioni estranee all'area d'intervento" (ciò nonostante, le due concorrenti s'erano viste riconoscere lo stesso punteggio, di 6,875 punti).

Si costituiva in giudizio il Comune di P., con memoria, in eccepiva l'inammissibilità delle censure, impingenti nell'ambito di valutazione discrezionale riservato alla commissione giudicatrice, e comunque concludeva, con dettagliata esposizione, per l'infondatezza delle avverse doglianze.

Si costituiva in giudizio anche la controinteressata Eu. S. s.a.s. con memoria, in cui controdeduceva ai motivi di ricorso, in base a considerazioni analoghe a quelle, espresse da parte della difesa del Comune di P.; nonché proponeva ricorso incidentale, diretto avverso la determina del Comune di P., n. 27 dell'11.03.2015, d'approvazione del verbale di gara e dei verbali della procedura, con particolare riferimento a quelli contrassegnati dai numeri 5, 6 e 7, laddove non si era valutata l'offerta tecnica, proposta dalla B. Costruzioni s. r. l., come stravolgente l'essenza e la sostanza del progetto, messo a gara e, quindi, nella parte in cui la stessa società non era stata esclusa dalla gara, ovvero, in subordine, nella parte in cui, alla B. Costruzioni s. r. l., era stato attribuito un punteggio all'offerta tecnica, più elevato di quello,

invece spettante; tanto, per i seguenti motivi:

1) Violazione delle prescrizioni della *lex specialis* della procedura selettiva e in particolare delle direttive e dei criteri definiti nel verbale n. 6 dalla commissione giudicatrice; Violazione dell'art. 76 del d. l.vo 163/2006 e s. m. i.; Eccesso di potere per carenza dei presupposti e d'istruttoria; Carenza di motivazione: la società B. Costruzioni s. r. l., nella propria offerta tecnica, aveva previsto l'inserimento, nel punto centrale della piazza, di un'enorme fontana, delle dimensioni di ben 27 metri di lunghezza e di 9 metri di larghezza, con getti d'acqua "imponenti", vale a dire di un intervento, tale da snaturare e stravolgere gli aspetti fondamentali del progetto; sicché la sua offerta avrebbe dovuto essere esclusa (ovvero, in subordine, la stessa ricorrente principale avrebbe dovuto ricevere, con riferimento all'elemento sub 2.1, un punteggio di gran lunga inferiore a quello, invece attribuito); il che rendeva inutile ogni disamina delle censure del gravame principale, per carenza d'interesse e mancata prova di resistenza oggettiva.

Seguiva il deposito, nell'interesse della ricorrente principale, di note integrative tecniche con relative tavole, cui faceva riscontro la produzione, nell'interesse del Comune di P., di una nota di chiarimenti, circa le aree d'intervento previste dal bando di gara, con allegati, nonché, nell'interesse della controinteressata, di controdeduzioni alle note tecniche, prodotte da controparte.

Con ordinanza, resa all'esito dell'udienza in camera di consiglio del 4 giugno 2015, la Sezione respingeva la domanda cautelare, avanzata dalla ricorrente principale.

Erano, quindi, depositate memorie difensive, nell'interesse del Comune e della ricorrente principale, la quale replicava anche ai motivi di gravame incidentale, e produceva in giudizio un'ulteriore relazione tecnica integrativa.

In data 30 giugno 2015, la ricorrente principale depositava atto di motivi aggiunti, diretto avverso gli atti, specificati in epigrafe, avverso i quali deduceva gli stessi profili d'illegittimità, già esposti a proposito dell'atto introduttivo del giudizio, ai quali, quindi, è d'uopo fare, in questa sede, integrale rinvio.

Seguiva la produzione di memorie di replica, da parte della stazione appaltante (che depositava anche ulteriore documentazione) e della controinteressata.

Alla pubblica udienza del 16.07.2015, il ricorso era trattenuto in decisione.

DIRITTO

Va esaminato, anzitutto, il ricorso incidentale della Eu. S. s.a.s. ("Nel giudizio amministrativo avente oggetto procedure di gara, il ricorso incidentale va esaminato prima del ricorso principale, quando abbia carattere escludente, cioè quando sia con esso contestata la

legittimazione a ricorrere del ricorrente principale in quanto avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'Amministrazione; ciò ad eccezione dell'ipotesi in cui siano rimasti in gara solo due concorrenti e le rispettive offerte siano affette da vizio afferente alla medesima fase procedimentale" (circostanza, quest'ultima, pacificamente non ricorrente nella specie) – Consiglio di Stato, Sez. V, 21/07/2015, n. 3615).

Secondo lo stesso, la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, per aver previsto la realizzazione di un'imponente fontana, il che avrebbe snaturato il progetto, posto a base di gara.

Il motivo è infondato.

Come osservato dalla difesa della B. Costruzioni, l'elemento architettonico de quo era rappresentato da una "mera fontana a raso con getti d'acqua (...) da attivare a comando"; sicché non può ritenersi che lo stesso fosse tale, da snaturare l'intervento, considerato nel suo complesso.

Va, quindi, esaminato il ricorso principale, ovvero, il che è lo stesso, i motivi aggiunti, del tutto analoghi all'atto introduttivo del giudizio.

Quanto alla prima censura, essa è infondata.

Valgano, al proposito, le considerazioni difensive, espresse nella memoria della stazione appaltante, che di seguito si riportano: "La soc. Eur. ha prodotto un'offerta tecnica migliorativa fornendo elementi integrativi e migliorativi, concernenti il criterio sub. 2.1, qualificanti il progetto a base di gara, senza portare stravolgimenti tali da snaturare gli aspetti fondamentali del progetto o interventi da ritenersi estranei all'area di intervento progettuale, rispettando pienamente le indicazioni del bando. In via generale, va ricordato che la previsione esplicita della possibilità di presentare varianti progettuali in sede di offerta è oggi generalizzata dall'art. 76 del D. Lgs. n.163 del 2006 per qualsiasi appalto, come derivante dalle direttive comunitarie 2004/17 e 2004/18. La scelta del legislatore comunitario riposa nella circostanza che, allorché il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (come nel caso che occupa), la stazione appaltante gode di maggiore discrezionalità e soprattutto sceglie il contraente valutando non solo criteri matematici, ma la complessità dell'offerta proposta. Come rimarcato in giurisprudenza, deve ritenersi insito nella scelta di tale criterio selettivo che sia consentito alle imprese proporre quelle variazioni migliorative, purché non vengano alterati i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla *lex specialis*, a condizione cioè che non venga stravolto l'oggetto del contratto e che la proposta tecnica risulti migliorativa rispetto al progetto base, nel rispetto delle esigenze della pubblica amministrazione (cfr. *ex multis*: Cons. Stato, Sez. V, 29.03.2011 n.1925 e 12.02.2010 n.743; TAR Calabria, Catanzaro, Sez.II, 29.10.2008 n.1480). Orbene, nel caso all'esame il bando di gara non possiede alcun richiamo a planimetrie di progetto, tantomeno quella indicata in ricorso di cui alla Tav. SF1, per definire margini e/o limiti invalicabili, pena inammissibilità, entro cui le imprese avrebbero dovuto limitare la formulazione di variazioni migliorative e/o integrative. La *lex specialis* di gara, al punto XI.3 – Documentazione tecnica (busta 2) ha stabilito che: "La valutazione delle offerte tecniche verrà fatta dalla commissione

di gara ed, a suo insindacabile giudizio, non sarà assegnato alcun punteggio alle offerte che snaturino gli aspetti fondamentali del progetto o che non rispettino quanto riportato nei precedenti punti, oppure che presentino, nella relazione o nel richiamo agli allegati, soluzioni illogiche, ambigue o contraddittorie o che contravvengano al divieto di produrre costi aggiuntivi (né al momento della costruzione, né nella successiva fase di gestione od utilizzo, per l'amministrazione appaltante) o ritenute non coerenti con le esigenze della Stazione appaltante. L'offerta tecnica dovrà essere articolata relativamente agli elementi di cui alla tabella del punto VII 2.1 del presente bando/disciplinare di gara. Le proposte contenute nell'offerta tecnica devono essere sviluppate nel pieno rispetto della normativa vigente nazionale e regionale e costituiranno modifica alle corrispondenti indicazioni contenute negli elaborati progettuali posti a base di gara (Capitolato Speciale d'Appalto ecc (...)).

Esaminando il dettato disciplinare della procedura aperta, in rapporto all'offerta tecnica prodotta dalla Eur., emerge con chiarezza che risultano offerti alla stazione appaltante integrazioni ed elementi migliorativi aventi lo scopo di accrescere il valore qualitativo del progetto a base di gara. Nessuno stravolgimento in grado di snaturare gli aspetti fondamentali del progetto perché ritenuti esterni dal perimetro di progetto posto a base di gara è rinvenibile nell'offerta tecnica dell'aggiudicataria. Indipendentemente dal fatto che la natura stessa degli interventi migliorativi in contestazione (panchine, giochi per bambini, alberi, pali di illuminazione) esclude *ex se* che gli stessi possano essere ritenuti estranei al progetto posto a base di gara, va sottolineato che la *lex specialis* della procedura aperta, in nessun caso, ha fatto riferimento ovvero richiamato un ambito ristretto coincidente con il perimetro di cui alla tavola SF1, così come preteso *ex adverso*, costituente l'inderogabile limite spaziale entro cui concepire e realizzare ogni intervento migliorativo. Giammai può ritenersi che le migliorie in esame vengano a stravolgere l'idea architettonica progettuale e l'unità dell'invaso spaziale oggetto degli interventi, che costituiscono il parametro di riferimento generale e la direttrice entro cui esprimere il sindacato, introdotti dalla stessa commissione giudicatrice (cfr. verbale n. 6) prima dell'apertura delle offerte tecniche, così autovincolandosi ad una chiara concezione di salvaguardia delle offerte tecniche da esaminare. Ne deriva l'insostenibilità della pretesa fatta valere dalla ricorrente, perché in mancanza di un richiamo espresso e chiaro a un perimetro disegnato nella TAV. SF1 risulta assente proprio il presupposto logico giuridico su cui la controparte ha sviluppato buona parte delle proprie doglianze. Né d'altronde, risulta che il bando preveda a pena di esclusione una simile pretesa difformità. Il motivo di ricorso è manifestamente infondato anche alla luce del contenuto complessivo della *lex specialis* di gara. Infatti, per quanto di interesse, il bando di gara, per il criterio di valutazione 2.1 dell'offerta tecnica, ha stabilito: "Saranno privilegiate soluzioni tecniche migliorative/integrative, rispetto a quelle di maggiore pregio tecnico e di qualità superiore/migliorative/integrative in termini: – estensione della rete di pubblica illuminazione nella zona parcheggio C. Re ivi compreso la posa delle tubazioni, cavi elettrici etc.; – opere di mitigazione sulla facciata della (adiacente) scuola elementare (...)". Pertanto il bando di gara, con riferimento a tale sub criterio, non ha espressamente escluso la possibilità di presentare varianti relative a lavorazioni di tipo integrativo al di fuori di detto ambito progettuale, anzi ha espressamente previsto la possibilità di proporre il completamento nell'adiacente area del parcheggio di piazza C. Re, esterna al preteso limite territoriale, almeno con riferimento all'estensione dell'impianto di pubblica illuminazione, con il completamento dell'area da asfaltare e da arredare ed alla facciata dell'adiacente scuola elementare. Va da sé che l'ambito territoriale oggetto di intervento, quale possibile limite delle varianti migliorative

ammesse, include necessariamente tutte le aree interessate dalle lavorazioni previste nel progetto a base di gara e, quindi, anche gli spazi in contestazione. Né, come detto, il bando di gara ha vietato espressamente la possibilità di presentare altre tipologie integrative in aree limitrofe alla piazza di progetto, finalizzate al migliore inserimento della piazza nel contesto urbano: integrazioni ammesse purché non comportino una modifica sostanziale tale da snaturare il progetto, ma che anzi lo completino e lo migliorino. Tale è l'interpretazione corretta adottata dalla commissione di gara nell'analisi delle offerte relative al predetto criterio di valutazione”

E, inoltre: “Totalmente infondata in fatto e in diritto è la censura di violazione dell'art. 96 del R. D. 523/1904. Trattasi di interventi che migliorano le caratteristiche funzionali e tecniche delle soluzioni proposte a base di gara (punto 2.1 del bando di gara), che ricadono ad una distanza di oltre 7 metri dal piede dell'argine del fiume, nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 96 del R. D. 523/1904. Tutto ciò che è stato offerto dall'impresa aggiudicataria rientra nell'ambito territoriale, oggetto d'intervento progettuale, incrementandone il pregio tecnico, funzionale ed estetico, così come espressamente richiesto nel bando di gara”.

Le suddette considerazioni difensive, in quanto promananti dall'Amministrazione aggiudicatrice, appaiono pregnanti e oltremodo condivisibili, tanto più se si tiene conto del fatto che, secondo la giurisprudenza: “La ratio della normativa comunitaria, tradottasi nell'art. 76, d. lg. n. 163 del 2006, che – nelle gare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – consente la presentazione di varianti, riposa sulla circostanza che la stazione appaltante ha maggiore discrezionalità e soprattutto sceglie il contraente valutando non solo criteri matematici ma la complessità dell'offerta proposta, sicché nel corso del procedimento di gara potrebbero rendersi necessari degli aggiustamenti rispetto al progetto base elaborato dall'amministrazione. L'ammissione di un'offerta in variante costituisce una valutazione afferente a criteri di discrezionalità tecnica, per cui, in considerazione degli ampi margini di discrezionalità che connotano le valutazioni della stazione appaltante, il sindacato giurisdizionale in materia deve essere circoscritto ai casi di manifesta erroneità o irragionevolezza delle scelte compiute dall'amministrazione” (T. A. R. Palermo (Sicilia), Sez. III, 23/12/2013, n. 2595).

Orbene, stante quanto sopra osservato, può escludersi che, nella specie, ci si trovi in cospetto a un caso di manifesta erroneità od irragionevolezza delle scelte, compiute dall'Amministrazione.

Le quali scelte, finalizzate a consentire le varianti, che non si ponessero come stravolgimenti degli aspetti fondamentali del progetto (cfr. art. XI.3 del bando: “(...) Non sarà assegnato alcun punteggio alla offerte che snaturino gli aspetti fondamentali del progetto (...) oppure che presentino (...) soluzioni illogiche, ambigue o contraddittorie”), vanno reputate conformi all'atteggiamento della giurisprudenza, secondo la quale: “Costituiscono varianti ex art. 76 d. lg. n. 163 del 2006 s. m. i. le modifiche progettuali e non già le soluzioni tecniche consentite sulla base del progetto predisposto dalla stazione appaltante e che non comportino uno stravolgimento dell'ideazione sottesa al progetto stesso, essendo queste ultime piuttosto consustanziali alle procedure di affidamento secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come tipicamente sono gli appalti integrati, nei quali la finalità perseguita è

quella di giovare degli apporti tecnici dei privati al fine di meglio conseguire gli obiettivi prestazionali prefigurati dall'amministrazione con il progetto posto a gara" (Consiglio di Stato, Sez. V, 7/07/2014, n. 3435).

Del resto, non sarebbe consona al principio della tassatività delle cause di esclusione, oltre che al canone interpretativo del "*clare loqui*", la pretesa della ricorrente, secondo cui la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere l'aggiudicataria, sulla base di un elemento (la collocazione delle migliorie in area esterna a quella d'intervento) desunto da una tavola di progetto, la SF1, che, a termini di bando, non circoscrive affatto – come vorrebbe la ricorrente medesima – "l'ambito territoriale oggetto del confronto concorrenziale, anche in chiave migliorativa" (come si legge nella memoria difensiva della controinteressata – ricorrente incidentale: "La suddetta tavola non può ritenersi avere automaticamente ed implicitamente integrato la disciplina della *lex specialis* di gara sul delicato punto in contestazione").

Né, tampoco, la valenza della censura potrebbe essere recuperata, aderendo alla sua proposizione subordinata, secondo la quale per il sub elemento 2.1 la commissione giudicatrice avrebbe dovuto, in ogni caso, azzerare o ridurre notevolmente il punteggio, attribuito all'aggiudicataria; ciò, in quanto: a) le scelte della commissione, per giurisprudenza costante, sono discrezionali e possono essere travolte, solo in caso di manifesta incoerenza od illogicità, non ravvisabili nella specie; b) manca, comunque, il superamento della cd. prova di resistenza, in quanto (posto che evidentemente non stato sarebbe possibile azzerare i punteggi *de quibus*, ipotesi che ricorrerebbe solo nel caso di varianti migliorative inammissibili, il che non è) non è dimostrato che con una diversa (quale?) riparametrazione dei punteggi, per l'elemento sub 2.1, la ricorrente avrebbe superato il punteggio complessivo, conseguito dall'aggiudicataria.

Nel che si palesa anche la genericità, oltre che l'inammissibilità, nei sensi sopra descritti, dello sviluppo della prima censura *de qua*.

La realtà è che: "Nelle gare pubbliche, ai sensi dell'art. 76, codice contratti pubblici, le varianti progettuali migliorative riguardanti le modalità esecutive dell'opera o del servizio sono ammesse, purché non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto" (Consiglio di Stato, Sez. V, 18/05/2015, n.- 2504; conforme: Sez. V, 17/09/2012, n. 4916) "che si ponga come del tutto alternativo rispetto a quello voluto dalla p. a." – Consiglio di Stato, Sez. IV, 7/11/2014, n. 5497): e nella specie, davvero non si vede come la collocazione delle opere migliorative in area, asseritamente esterna a quella d'intervento, possa concretizzare, in disparte ogni altra osservazione, "una diversa ideazione dell'oggetto del contratto" (come si legge nella memoria della controinteressata: "Tutto ciò che Eur. ha offerto è un'integrazione tecnica funzionale, correlata e strettamente interconnessa al progetto a base di gara, nel pieno rispetto delle linee di indirizzo e delle volontà espresse dall'Amministrazione nel progetto esecutivo, posto a base di gara (...). Alla luce della *lex specialis* di gara (...) il limite di fondo, inteso a non vanificare le esigenze di interesse pubblico che l'Amministrazione intende perseguire, va individuato nella sola impossibilità di configurare una differente ideazione dell'oggetto del contratto e delle linee progettuali fondanti"); ciò è tanto più valido, se si tiene conto della circostanza secondo la quale, per la giurisprudenza, uno dei criteri guida dell'apprezzamento delle varianti, in sede di offerta, consiste in ciò, che "viene lasciato un

ampio margine di discrezionalità alla commissione giudicatrice, trattandosi dell'ambito di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa" (Consiglio di Stato, Sez. V, 11/07/2008, n. 3481).

In definitiva, la doglianza in esame si presenta come aprioristica, risolvendosi la stessa, in pratica, in una petizione di principio, e precisamente nel dare per scontata una regola – inespresa – della *lex specialis* di gara, secondo cui la tavola SF1 delimiterebbe l'oggetto del contratto, anche ai fini delle varianti migliorative, e ogni variante, esterna a tale ambito territoriale, dovrebbe, per ciò solo, comportare lo "snaturamento" del progetto, posto a base di gara, e di conseguenza la sanzione espulsiva, a carico dell'aggiudicataria (ovvero di qualsivoglia altra concorrente); laddove: "La possibilità per il partecipante a gara pubblica di proporre varianti, generalizzata dall'art. 76, d. lg. 12 aprile 2006 n. 163 ed intesa come possibilità di proporre variazioni migliorative al progetto proposto dalla stazione appaltante qualora il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, significa "che il progetto medesimo può subire modifiche" purché non si alterino le sue caratteristiche essenziali (i cd. requisiti minimi) delle prestazioni richieste dalla *lex specialis*, per non ledere la par condicio" (Consiglio di Stato, Sez. V, 7/06/2012, n. 3358).

Passando, ora, a esaminare la seconda censura dell'atto introduttivo del giudizio, poi replicata anche in sede di motivi aggiunti, s'osserva che la stessa presenta profili d'inammissibilità, nella parte in cui la ricorrente pretenderebbe d'introdurre un inconcepibile sindacato giurisdizionale delle valutazioni, di natura eminentemente discrezionale, operate dalla Commissione giudicatrice con riferimento al sub elemento 2.3 (arredo urbano), con il risultato di dimostrare che i punteggi, attribuiti all'aggiudicataria e alla ricorrente (rispettivamente 8,750 e 6,875) andrebbero riparametrati, con conseguente riformulazione della graduatoria definitiva e auspicata aggiudicazione, in favore della seconda.

Tanto, in conformità al pacifico indirizzo della giurisprudenza, espresso da ultimo nella massima seguente: "Le valutazioni formulate dalle commissioni giudicatrici nelle gare d'appalto da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa costituiscono espressione di un potere discrezionale che, in quanto tale e come sempre accade, si sottrae al sindacato del giudice amministrativo ogni qualvolta non siano identificabili elementi di uno scorretto esercizio del potere, che raggiungano almeno il livello dell'illogicità manifesta, del travisamento dei presupposti di fatto o dell'incoerenza del procedimento valutativo" (T. A. R. Palermo (Sicilia), Sez. I, 21/05/2015, n. 1213).

Orbene, va condivisa la tesi della difesa della stazione appaltante, secondo cui: "Nel caso di specie, non si ravvisa alcuna palese sintomatologia di irragionevolezza e/o illogicità dell'operato della commissione di gara, che ha fatto un uso corretto della discrezionalità valutativa che le competeva, nel rispetto dei criteri, sub criteri ed elementi di valutazione stabiliti dalla *lex specialis*. E, invero, l'offerta dell'aggiudicataria è stata ritenuta meritevole di maggiore punteggio perché è stata meglio apprezzata sotto tutti i profili e, soprattutto, qualitativamente. Non senza rimarcare che, come desumibile *per tabulas*, alla luce della stessa tabella di raffronto riprodotta in ricorso, anche sotto l'aspetto quantitativo l'offerta tecnica della soc. Eur. aggiudicataria si mostra per molti versi "superiore" a quella dell'impresa ricorrente".

Ma soprattutto, di là da tali, pur dirimenti osservazioni, è il presupposto di fondo della censura a non convincere: secondo la prospettazione della ricorrente, alla stessa andava attribuito lo stesso punteggio, per l'elemento sub 2.3, della controinteressata – aggiudicataria: ma, davvero, non si vede come il Collegio potesse addivenire a tale risultato, se non sovrapponendo integralmente la propria valutazione, a quella della Commissione giudicatrice, e, quindi, sostanzialmente finendo per impingere, nell'ambito dei giudizi di puro merito amministrativo, inibiti, in sede di sindacato da parte del G. A., in ordine a valutazioni del genere, di quella in argomento (cfr. da ultimo, la decisione che segue: "L'Amministrazione, nell'attribuire i punteggi all'offerta tecnica, non applica scienze esatte, ma formula un giudizio tecnico connotato da un fisiologico margine di opinabilità, per sconfessare il quale non è sufficiente evidenziare la mera non condivisibilità del giudizio, dovendosi piuttosto dimostrare la sua palese inattendibilità, ossia l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto dalla Commissione sicché, ove non emergano travisamenti, pretestuosità o irrazionalità, ma solo margini di fisiologica opinabilità della valutazione tecnico – discrezionale operata dall'Amministrazione, il giudice amministrativo non può sovrapporre alla valutazione opinabile del competente organo amministrativo la propria" (Consiglio di Stato, Sez. V, 7/07/2015, n. 3339).

Né tampoco elementi di rilievo, nei sensi prospettati dalla ricorrente, si traggono dalla perizia tecnica, allegata al ricorso.

Ne consegue che la doglianza è priva di pregio.

Una volta stabilito, quindi, che i primi due motivi di ricorso sono infondati, non ha più senso alcuno esaminare i restanti tre, volti a dimostrare, in tesi, che l'offerta della seconda classificata, Scav. s.r.l., andava estromessa da gara (o, ancora una volta, doveva essere valutata con un punteggio diverso da quello, adottato dalla commissione).

Ciò, in quanto, quand'anche, in ipotesi, le censure in argomento dovessero rivelarsi fondate, la ricorrente non ne ritrarrebbe alcuna utilità pratica, stante l'ormai accertata intangibilità dell'aggiudicazione, disposta in favore della Eu. S. s.a.s.

In conclusione, il ricorso principale e i motivi aggiunti vanno respinti.

La ricorrente, in base alla regola della soccombenza, va condannata al pagamento, in favore della stazione appaltante, delle spese e dei compensi, relativi al presente giudizio, liquidati come in dispositivo, laddove sussistono eccezionali motivi per compensare le stesse, quanto alla controinteressata Eu. S. s.a.s., stante la soccombenza reciproca, nonché quanto alla Scav. s.r.l., che, non costituendosi in giudizio, non ha svolto, in esso, alcuna difesa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania – Sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, nonché sul ricorso incidentale della Eu. S. s.a.s., così provvede:

rigetta il ricorso incidentale; rigetta il ricorso principale e i motivi aggiunti; condanna la B. Costruzioni s. r. l. al pagamento, in favore del Comune di P., delle spese e dei compensi relativi al presente giudizio, che liquida complessivamente in € 2.000,00 (duemila/00), oltre IVA e CPA, come per legge; compensa ogni altra spesa di giudizio; ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

BREVI ANNOTAZIONI

OGGETTO DELLA SENTENZA

La sentenza in commento, inserendosi in un recente filone di pronunce che chiariscono la portata dell'articolo 76 del codice degli appalti, ha il pregio di individuare i limiti entro i quali deve essere riconosciuta, nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, la possibilità di apportare varianti al progetto iniziale (in questo senso, si vedano anche Cons. Stato, Sez. V, 7 luglio 2015, n. 3339; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 21 maggio 2015, n. 1213; Cons. Stato, Sez. V, 18 maggio 2015, n. 2504; Cons. Stato Sez. V, 27 marzo 2015, n. 1601; Cons. Stato; Cons. Stato, Sez. IV, 7 novembre 2014, n. 5497; Ad. Pl., n. 4/2014; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 23 dicembre 2013, n. 2595; Cons. Stato, Sez. V, 7 giugno 2012, n. 3358).

La decisione in rassegna ribadisce che qualora il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sarà possibile apportare modifiche al progetto purché sia mantenuto inalterato nei sui cd. requisiti minimi richiesti dalla *lex specialis*.

PERCORSO ARGOMENTATIVO

Nel caso in esame i ricorrenti impugnano atti e provvedimenti relativi ad una procedura di evidenza pubblica sottoposta al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa basata su vari elementi qualitativi e quantitativi. Il ricorso principale è seguito da un ricorso incidentale, che secondo i giudici aditi va esaminato preliminarmente.

Sul punto è opportuno rilevare un orientamento giurisprudenziale consolidato del Consiglio di Stato, risalente alla adunanza plenaria n. 4 del 2014, successivamente ripreso dalla V sezione nel 2015 con la decisione n. 3615. Nelle richiamate decisioni viene affermato il principio secondo cui nel giudizio amministrativo avente oggetto procedure di gara, il ricorso incidentale va esaminato prima del ricorso principale, quando abbia carattere "escludente", cioè quando sia con esso contestata la legittimazione a ricorrere del ricorrente principale in quanto, ad esempio, avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'Amministrazione. Ciò ad eccezione dell'ipotesi in cui siano rimasti in gara solo due concorrenti e le rispettive offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale – circostanza che tuttavia non ricorre nel caso in rassegna.

La Adunanza plenaria del 2014 appena richiamata chiarisce altresì i seguenti punti:

- nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale il ricorso incidentale escludente che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'amministrazione; tuttavia, l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile;
- nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, il ricorso incidentale non va esaminato prima del ricorso principale allorché non presenti carattere escludente; tale evenienza si verifica se il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale.

Venendo al tema relativo alle varianti, i supremi giudici ribaltano la circostanza ritenuta infondata in prima istanza, ritenendo che la proposta di realizzare una imponente fontana – *“ben 27 metri di lunghezza e di 9 metri di larghezza, con getti d'acqua imponenti”* come si legge nella decisione in rassegna – avanzata dalla ricorrente sia idonea a snaturare il progetto alla base della gara, e pertanto sia opportuno motivo di escluderla dalla procedura di evidenza pubblica.

La decisione in rassegna, partendo da una analisi del ricorso principale, afferma in via generale come l'articolo 76 del Codice degli appalti consenta esplicitamente di presentare varianti al progetto iniziale in sede di offerta pubblica.

L'articolo 76 Codice dei contratti pubblici in materia di varianti progettuali in sede di offerta dispone che, quando il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è consentito alle stazioni appaltanti di autorizzare gli offerenti a presentare

varianti. Siffatta concessione da parte delle stazioni deve essere precisata nel bando di gara, in quanto in assenza di una disposizione in tal senso le varianti si intenderanno vietate. Il terzo comma della norma prosegue disponendo che le stazioni che autorizzino dette varianti, menzionano nel capitolato d'oneri i requisiti minimi che quest'ultime devono rispettare, nonché le modalità per la loro presentazione. Le uniche modifiche prese in considerazione saranno esclusivamente quelle rispondenti ai requisiti minimi prescritti. Sul punto viene evidenziato che nelle procedure di evidenza pubblica relative a servizi o forniture, le stazioni che abbiano dato il proprio consenso ad eventuali modifiche, non possono respingerle per il solo fatto che, se accolta, configurerebbe, rispettivamente, o un appalto di servizi anziché un appalto pubblico di forniture o un appalto di forniture anziché un appalto pubblico di servizi.

Secondo la giurisprudenza amministrativa consolidatasi sull'interpretazione dell'articolo 76 codice degli appalti, detta previsione esplicita la possibilità di presentare varianti progettuali in sede di offerta – *a fortiori* in un appalto di lavori basato sulla progettazione preliminare – generalizzando la propria portata a qualsivoglia appalto.

In altri termini, l'amministrazione è tenuta ad indicare, in sede di redazione della *lex specialis*, se le varianti sono ammesse e, in caso affermativo, identificare i loro requisiti minimi. A prescindere da ciò, deve poi ritenersi insito nella scelta del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa che, anche quando il progetto posto a base di gara sia definitivo (*mentre nel caso di specie era addirittura preliminare*), è consentito alle imprese di proporre quelle variazioni migliorative rese possibili dal possesso di peculiari conoscenze tecnologiche, purché non si alterino i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla *lex specialis* onde non ledere la *par condicio*. (Cons. Stato Sez. V, 27-03-2015, n. 1601, conferma T.A.R. Puglia - Lecce, Sez. II, 18 dicembre 2014, n. 3120).

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

In ottica comunitaria, è possibile affermare che quando il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, la discrezionalità della stazione appaltante sia più ampia, e comprenda la facoltà di scegliere il contraente valutando non solo criteri matematici, bensì la complessità della offerta proposta nella sua interezza^[1]. In ragione delle osservazioni finora esposte, si ritiene che la scelta di tale criterio selettivo comprenda la possibilità per le imprese di proporre modifiche e variazioni migliorative, sempre che non siano idonee a snaturare la prestazione richiesta dalla legge speciale nel suo nucleo essenziale, nei suoi caratteri primari. Pertanto, la modifica è consentita nei casi in cui l'oggetto alla base del contratto non venga *snaturato*, e che, ovviamente, la proposta migliori il progetto base, nell'osservanza delle esigenze della P.A.

Sul punto, la giurisprudenza ribadisce che la *ratio* della normativa comunitaria, alla luce della

quale va letto l'articolo 76, risiede proprio nella circostanza che nelle gare con criterio della offerta economicamente più vantaggiosa è consentito di apportare variazioni in ragione: a) della maggiore discrezionalità della stazione appaltante; b) della possibilità per quest'ultima di scegliere il contraente non solo sulla base di criteri matematici, ben potendo valutare la proposta nella sua complessità (sicché, nel corso del procedimento pubblico, potrebbero rendersi necessari aggiustamenti o modifiche rispetto al '*progetto base*').

Ammettere o meno una variante costituisce una valutazione di discrezionalità tecnica, per cui, considerati gli ampi margini di valutazione della stazione appaltante, il sindacato giurisdizionale in materia va necessariamente circoscritto ai casi di manifesta erroneità o irragionevolezza delle scelte compiute dalla P.A. (cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 23 dicembre 2013, n. 2595).

Per varianti *ex art. 76* si intendono tutte quelle modifiche progettuali e non già le soluzioni tecniche consentite sulla base del progetto predisposto dalla stazione appaltante e che non comportino uno sradicamento dell'ideazione sottesa allo stesso progetto. Queste ultime sono infatti piuttosto consustanziali alle procedure di affidamento secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come tipicamente sono gli appalti integrati, nei quali la finalità perseguita è quella di giovare degli apporti tecnici dei privati per raggiungere a pieno gli obiettivi prestazionali prefigurati dalla P.A. nel progetto iniziale.

Quanto sopra esposto viene riassunto dalla quinta sezione del Consiglio di Stato, secondo cui nelle gare pubbliche, ai sensi dell'art. 76 codice degli Appalti, sono ammesse tutte quelle varianti progettuali migliorative circa le modalità esecutive dell'opera o del servizio, sempre che non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 18 maggio 2015, n. 2504) che si ponga come del tutto alternativo rispetto a quello voluto dall'amministrazione (Cons. Stato, Sez. IV, 7 novembre 2014, n. 5497).

In conclusione, si fa valere in sentenza il principio di diritto secondo cui la possibilità per il concorrente di proporre varianti, generalizzata dall'articolo 76 codice ed intesa quale possibilità di proporre variazioni migliorative al progetto iniziale, qualora il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sta ad intendere che il progetto possa sempre subire modifiche purché queste non alterino le caratteristiche essenziali (*i cd. requisiti minimi*) delle prestazioni richieste dalla *lex specialis*, per non ledere la *par condicio* degli stessi concorrenti alla gara (v. Cons. Stato, Sez. V, 7 giugno 2012, n. 3358).

Infine, come accennato, in relazione alle altre censure contenute nell'atto introduttivo, il giudice amministrativo, richiamando un precedente orientamento del TAR Sicilia, osserva come le valutazioni formulate dalle commissioni giudicatrici nelle gare d'appalto da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa siano espressione di un potere discrezionale sottratto al sindacato giurisdizionale in assenza di elementi rivelatori di uno scorretto esercizio del potere, illogicità manifesta, travisamento dei presupposti di fatto o incoerenza del procedimento valutativo (T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 21 maggio 2015, n. 1213). La Pubblica Amministrazione, nell'attribuire i punteggi all'offerta tecnica, non applica scienze esatte, formulando invece un giudizio tecnico connotato da un fisiologico margine di opinabilità. Al fine di sconfessarlo, infatti, non basterà sottolineare la mera non condivisibilità

del giudizio, dovendosene piuttosto dimostrare la palese ed evidente insostenibilità del giudizio tecnico della Commissione. Sicché, in assenza di travisamenti, pretestuosità o irrazionalità, sussistendo meri margini di fisiologica opinabilità della valutazione tecnico-discrezionale della P.A., il giudice non potrà sindacare la valutazione (opinabile) dell'Amministrativo senza incorrere in uno *sconfinamento* dei limiti esterni alla giurisdizione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 7 luglio 2015, n. 3339).

[1] In *“Consentita la presentazione di varianti nelle gare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa”*, G. CASSANO.