

Importanti chiarimenti del Consiglio di Stato in merito alla variante in sede di offerta

di Chiara Ianò

Data di pubblicazione: 11-1-2016

Cons. Stato, Sez. V, 11 dicembre 2015, n. 5655

Presidente Torsello; Estensore Poli

1. *Nelle gare pubbliche il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, co. 1 bis, d.lgs. n. 163/2006 esige, ove richiamato in relazione allo scrutinio di offerte tecniche, che le stesse debbano essere escluse solo quando siano a tal punto carenti degli elementi essenziali da ingenerare una situazione di incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta, ovvero in presenza di specifiche clausole della legge di gara che tipizzino una siffatta situazione di incertezza assoluta (Riforma della sentenza del T.a.r. Campania, Salerno, sez. I, 9 febbraio 2015, n. 331).*

2. *Nelle gare pubbliche, la previsione esplicita della possibilità di presentare varianti progettuali in sede di offerta (a fortiori per il tipo di gara in contestazione, dato che si trattava di un appalto di lavori basato sulla sola progettazione definitiva), 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.*

3. *Nelle gare pubbliche da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in ogni caso, a prescindere dalla espressa previsione di varianti progettuali in sede di bando, la presentazione di varianti deve ritenersi insita nella scelta di tale criterio selettivo; in questo caso, anche quando il progetto posto a base di gara sia definitivo, 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. Nel caso, invece, di offerta selezionata col criterio del prezzo più basso, poiché tutte le condizioni tecniche sono predeterminate al momento dell'offerta e non vi è alcuna ragione per modificare l'assetto contrattuale, non è mai ammessa la possibilità di presentare varianti.*

4. *Nelle gare pubbliche da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: a) debbono ritenersi ammesse 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.; b) 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; c) viene lasciato un ampio margine di discrezionalità alla commissione giudicatrice, trattandosi dell'ambito di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.*

5. *Nelle gare d'appalto o di affidamento di servizi pubblici, in una situazione di obiettiva incertezza derivante dalle clausole della legge di gara che risultino imprecisamente formulate o si prestino comunque ad incertezze interpretative, la risposta dell'Amministrazione a una richiesta di chiarimenti non costituisce una indebita e perciò illegittima modifica delle regole di gara ma una sorta di interpretazione autentica con cui la stazione appaltante chiarisce la propria volontà provvedimentale in un primo momento poco intellegibile, precisando e meglio delucidando le previsioni della lex specialis.*

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4393 del 2015, proposto dalla società Telia Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni Caputi, Pietro Falcicchio e Rosamaria Berloco, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Sardegna, 14;

contro

Comune di Capaccio, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato

Marcello Fortunato, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Guido Lenza in Roma, via XX Settembre, 98/E;

nei confronti di

Gorrasi Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Brancaccio e Alberto La Gloria, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Taranto, 18;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per la Campania – sede staccata di Salerno - Sezione I, n. 331 del 9 febbraio 2015.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Capaccio e della società Gorrasi Costruzioni s.r.l.;

Viste le memorie difensive depositate dal Comune di Capaccio (in data 7 e 13 novembre 2015), dalla società Gorrasi Costruzioni s.r.l. (in data 7 e 12 novembre 2015) e dalla società appellante (in data 7 e 13 novembre 2015);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 novembre 2015 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Borioni, su delega dell'avvocato Giovanni Caputi, e Alberto La Gloria;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'oggetto del presente giudizio è costituito dalla procedura di gara - indetta nel giugno 2014 dal comune di Capaccio per la progettazione esecutiva e la realizzazione del centro natatorio comunale - aggiudicata in via definitiva alla società Gorrasi Costruzioni s.r.l. (in prosieguo ditta Gorrasi, cfr. determinazione dirigenziale n. 66 del 27 ottobre 2014).

1.1. Il criterio di selezione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa con la previsione di varianti migliorative relative, *inter alios*, agli elementi della qualità architettonica, tipologia e caratteristiche dei materiali di finitura da utilizzare per i diversi componenti edilizi del sistema costruttivo (punti IV.2.1. e VI.2, lett. b.2 del Bando e punto 3.1. pagina 7, del Disciplinare).

1.2. Alla gara hanno partecipato sette imprese; al primo posto si è classificata la ditta Gorrasi con punti 97,42; al secondo posto si è classificata la società Telia Costruzioni s.r.l. (in prosieguo ditta Telia) con punti 89,34.

2. La ditta Telia ha impugnato davanti al T.a.r. per la Campania gli atti della procedura articolando due autonomi motivi di ricorso e proponendo domanda di risarcimento del danno.

La ditta Gorrasi ha proposto a sua volta ricorso incidentale affidato a tre autonomi motivi.

3. L'impugnata sentenza - T.a.r. per la Campania – sede staccata di Salerno - Sezione I, n. 331 del 9 febbraio 2015 -:

a) ha ritenuto dirimente, fondato e assorbente l'esame del primo motivo del ricorso incidentale nella parte cui ha introdotto una censura c.d. escludente;

b) ha ritenuto che la ditta Telia avrebbe dovuto essere esclusa per non aver dichiarato, in sede di gara, il nominativo dell'impresa subappaltatrice, venendo in rilievo una ipotesi di sub appalto c.d. necessario (caratterizzato dalla carenza di qualificazione della ditta Telia in relazione a tre categorie specializzate), e dovendosi pertanto ritenere insufficiente la semplice dichiarazione resa da quest'ultima di sub appaltare i lavori concernenti le suddette tre categorie speciali;

c) ha dichiarato inammissibile per carenza di interesse il ricorso principale della ditta Telia;

d) ha condannato il comune e la ditta Telia a rifondere le spese di lite in favore della ditta Gorrasi.

4. Con atto ritualmente notificato e depositato – rispettivamente in data 8 e 21 maggio 2015 – la ditta Telia ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza:

a) con il primo mezzo (pagine 4 - 13), ha contestato l'accoglimento del primo motivo del ricorso incidentale di primo grado;

b) con il secondo e terzo mezzo (pagine 14 - 23), ha riproposto gli originari due motivi posti a sostegno del ricorso di primo grado e la domanda risarcitoria.

5. Si sono costituiti in giudizio il comune di Capaccio e la ditta Gorrasi deducendo l'inammissibilità e l'infondatezza del gravame in fatto e diritto; la ditta contro interessata ha riproposto i motivi a sostegno del proprio ricorso incidentale di primo grado non esaminati dall'impugnata sentenza.

6. La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 24 novembre 2015.

7. Preliminarmente, il Collegio osserva che:

a) il primo motivo dell'appello proposto dalla ditta Telia è manifestamente fondato alla luce dei principi da ultimo elaborati dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio, secondo cui l'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta non è mai obbligatoria, neppure nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione richiesta dalla disciplina di gara (cfr. sentenza n. 9 del 2015, cui si rinvia a mente del

combinato disposto degli artt. 74 e 120, co. 10, c.p.a.); a tanto consegue il rigetto del primo motivo del ricorso incidentale proposto in primo grado dalla ditta Gorrasi;

b) a seguito della proposizione dell'appello da parte della ditta Telia e della riproposizione dei motivi a corredo del ricorso incidentale da parte della ditta Gorrasi, è riemerso l'intero *thema decidendum* del giudizio di primo grado, sicché, per ragioni di comodità espositiva, si prendono in esame direttamente i relativi motivi che ne costituiscono il perimetro invalicabile ai sensi dell'art. 104, co. 1, c.p.a.;

c) seguendo le coordinate ermeneutiche fissate dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio (cfr. sentenze nn. 7 del 2014, 9 del 2014 e 5 del 2015), poiché il secondo e terzo motivo del ricorso incidentale non introducono cause escludenti della ditta Telia ed essendo al contempo manifestamente inammissibili e infondati i motivi posti a corredo del ricorso principale di primo grado, si limiterà ad esaminare esclusivamente quest'ultima impugnativa.

7.1. Con il primo motivo del ricorso principale di primo grado (pagine 4 - 9), la ditta Telia ha dedotto che: I) la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere la ditta aggiudicataria perché la proposta di variante migliorativa relativa all'elemento T.1.2. – copertura della vasca della piscina – era inammissibile in quanto recante una soluzione tecnica eccedente i limiti inderogabili previsti dalla legge di gara; in particolare la ditta Gorrasi, invece di realizzare 16 pilastri di cemento armato gettati in opera, li ha sostituiti con 16 pilastri prefabbricati (e pareti esterne dell'involucro sempre in strutture prefabbricate); II) in ogni caso la commissione avrebbe dovuto assegnare all'offerta tecnica della ditta Gorrasi, in relazione all'elemento T.1.2., un punteggio pari a zero.

7.1.1. Il motivo è sia inammissibile che infondato e deve essere respinto nella sua globalità alla stregua delle seguenti considerazioni in fatto e diritto:

a) in base a un consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr. Corte giust. UE, 12 marzo 2015, C-538/13, Vigilio Ltd; Cons. Stato, Ad. plen., 30 luglio 2014, n. 16; Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9; Ad. plen., 30 gennaio 2014, n. 7; Sez. V, 27 marzo 2015, n. 1601, cui si rinvia ai sensi del combinato disposto degli artt. 74, 88, co.2, lett. d), e 120, co. 10, c.p.a.), deve ritenersi che:

I) il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, co. 1-*bis*, del codice dei contratti pubblici esige, ove richiamato in relazione allo scrutinio di offerte tecniche, che le stesse debbano essere escluse solo quando siano a tal punto carenti degli elementi essenziali da ingenerare una situazione di «*incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta*», ovvero in presenza di specifiche clausole della legge di gara che tipizzino una siffatta situazione di incertezza assoluta;

II) la valutazione delle offerte – e dunque anche della loro “incertezza assoluta” – nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice, rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta a tale organo, sicché le censure che impongono il merito di tale valutazione (opinabile) sono inammissibili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutorio, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 c.p.a., fatto

salvo il limite della abnormità della scelta tecnica;

III) la previsione esplicita della possibilità di presentare varianti progettuali in sede di offerta (a *fortiori* per il tipo di gara in contestazione, un appalto di lavori basato sulla sola progettazione definitiva), 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;

IV) la *ratio* della scelta normativa – nazionale e comunitaria – si fonda sulla circostanza che, allorché il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la stazione appaltante ha maggiore discrezionalità e soprattutto sceglie il contraente valutando non solo criteri matematici ma la complessità dell'offerta proposta alla luce della vantaggiosità della stessa in funzione dell'interesse proprio; nel corso del procedimento di gara, quindi, potrebbero rendersi necessari degli aggiustamenti rispetto al progetto base elaborato dall'amministrazione, favorevolmente apprezzabili perché ritenuti utili dalla medesima stazione appaltante; nel caso, invece, di offerta selezionata col criterio del prezzo più basso, poiché tutte le condizioni tecniche sono predeterminate al momento dell'offerta e non vi è alcuna ragione per modificare l'assetto contrattuale, non è mai ammessa la possibilità di presentare varianti;

V) in ogni caso, a prescindere dalla espressa previsione di varianti progettuali in sede di bando, deve ritenersi insito nella scelta del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa che, anche quando il progetto posto a base di gara sia definitivo, 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*;

b) la giurisprudenza ha elaborato alcuni criteri guida relativi alle varianti in sede di offerta:

I) 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.;

II) 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;

III) viene lasciato un ampio margine di discrezionalità alla commissione giudicatrice, trattandosi dell'ambito di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

c) facendo applicazione dei su esposti principi al caso di specie, nonché alla stregua delle risultanze della documentazione versata in atti, emerge che:

I) le censure proposte sono inammissibili nella parte in cui sollecitano il giudice amministrativo a sostituirsi, al di fuori dei tassativi casi di giurisdizione di merito sanciti dall'art. 134 c.p.a., alle

valutazioni rimesse alla commissione, che costituiscono manifestazione di una ampia discrezionalità tecnica;

II) le censure sono infondate anche in fatto, perché la commissione di gara ha ritenuto (sulla scorta di una opinabile ma legittima valutazione) che il progetto esecutivo dell'aggiudicataria non stravolge le linee fondamentali poste a base di quello preliminare e non presenta mende reali in tema di sicurezza, stabilità e conformità ai parametri richiesti;

III) la legge di gara ha previsto la possibilità di proporre varianti, senza comminare alcuna esclusione e precisando, altresì, i casi in cui la commissione avrebbe dovuto assegnare il punteggio zero (evenienze queste che non si sono verificate nel caso di specie);

IV) la valutazione dell'organo tecnico non risulta abnorme, in quanto quest'ultimo ha motivato in modo sintetico ma esaustivo sull'ammissibilità dell'offerta e sull'attribuzione dei punteggi ai vari elementi tecnici, senza sconfinare nell'arbitrio e rimanendo nei limiti della opinabilità;

V) le criticate innovazioni progettuali sono riferibili, nella sostanza, a migliorie proposte secondo quanto stabilito dalla legge di gara e non incidono, pertanto, su elementi essenziali del progetto base.

7.2. Con il secondo motivo del ricorso principale di primo grado (pagine 9 - 14), la ditta Telia ha sostenuto che l'impresa Gorrasi doveva essere esclusa dalla gara perché priva – al pari dell'impresa ausiliaria Opere s.r.l. - della qualificazione per la categoria super specialistica OS 13 indispensabile per la costruzione di prefabbricati in cemento armato; tanto emergerebbe dalla risposta resa dalla stazione appaltante al chiarimento richiesto da una delle imprese concorrenti (di cui alla nota prot. n. 27617 del 9 luglio 2014).

7.2.1. Il motivo è inaccoglibile alla stregua delle seguenti considerazioni:

a) si premette che la stazione appaltante, attraverso il chiarimento di cui alla nota prot. n. 27617 del 9 luglio 2014, ha esercitato *ex ante* il "potere di soccorso", sub specie di *ruling* contrattuale, secondo le coordinate esegetiche tracciate dalla più volte menzionata sentenza dell'Adunanza plenaria n. 9 del 2014 (successivamente, in senso conforme, cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 3562 del 2014, cui si rinvia a mente dell'art. 120, co. 10, c.p.a.): nelle gare d'appalto o di affidamento di servizi pubblici, in una situazione di obiettiva incertezza derivante dalle clausole della legge di gara che risultino imprecisamente formulate o si prestino comunque ad incertezze interpretative, la risposta dell'amministrazione ad una richiesta di chiarimenti non costituisce una indebita e perciò illegittima modifica delle regole di gara ma una sorta di interpretazione autentica con cui la stazione appaltante chiarisce la propria volontà provvedimentale in un primo momento poco intellegibile, precisando e meglio delucidando le previsioni della *lex specialis*;

b) contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa della ditta Telia, il tenore letterale del chiarimento è univoco nel senso che, da un lato, ribadisce che per la <<...partecipazione alla gara è necessario possedere i requisiti (categoria e classifica) indicati nel bando e nel disciplinare a pena di esclusione...>>, dall'altro, che <<...nel caso la proposta dovesse

effettivamente modificare la/le categorie dei lavori, in caso di aggiudicazione l'impresa aggiudicataria dovrà dimostrare anche il possesso della qualificazione ...come risultante dalla variazione della categoria/e dei lavori conseguenti alla presentazione della proposta migliorativa...>>; col che è assodato che il possesso del requisito relativo alla categoria OS 13 veniva in rilievo solo in occasione (ed allo scopo) della esecuzione del rapporto contrattuale e non ai fini della partecipazione alla procedura selettiva; in tale prospettiva è pacifico che la ditta Gorrasi – e la sua ausiliaria Opere s.r.l. - possiedono tutte le qualificazioni richieste dalla legge di gara per parteciparvi;

c) in ogni caso la ditta Gorrasi, nella sua proposta di variante, non si era impegnata a realizzare direttamente i materiali in cemento armato prefabbricato sicché legittimamente – come risulta dalla documentazione versata in atti – da un lato, non doveva essere in possesso della qualificazione per la categoria OS13, dall'altro, ha acquisito le strutture prefabbricate da una azienda specializzata munita della debita qualificazione nella categoria specialistica OS13.

8. In conclusione l'appello proposto dalla ditta Telia deve essere accolto solo in parte e nei limiti dianzi precisati.

A tanto consegue, in riforma dell'impugnata sentenza, il rigetto del ricorso impugnatorio principale di primo grado (e della connessa domanda risarcitoria) nonché la parziale reiezione del ricorso incidentale di primo grado che nel resto diviene improcedibile.

9. Le spese di ambedue i gradi di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo tenuto conto dei parametri stabiliti dal regolamento 10 marzo 2014, n. 55 e fermo restando l'accollo definitivo del contributo unificato a carico della ditta Telia per entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

a) accoglie in parte l'appello nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza:

I) respinge il ricorso principale proposto in primo grado dalla società Telia Costruzioni s.r.l.;

II) in parte respinge e in parte dichiara improcedibile il ricorso incidentale proposto in primo grado dalla società Gorrasi Costruzioni s.r.l.;

b) condanna la società Telia Costruzioni s.r.l a rifondere in favore del Comune di Capaccio e della società Gorrasi Costruzioni s.r.l., le spese di ambedue i gradi di giudizio, che liquida in complessivi euro 10.000 (diecimila), oltre accessori come per legge (15% a titolo rimborso spese generali, I.V.A. e C.P.A.), per ciascuna parte.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Con la pronuncia in commento, il Consiglio di Stato ha affrontato le seguenti questioni:

(i) la possibilità di presentare offerte migliorative (art. 76, D.Lgs. n. 163/2006) nelle procedure selettive da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e, quindi, in che limiti tale facoltà possa ritenersi ammissibile;

(ii) entro quale perimetro, ed in presenza di quali condizioni, la stazione appaltante possa fornire chiarimenti in caso di clausole ambigue durante l'espletamento della gara.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

L'oggetto della presente decisione è costituito dalla procedura di gara per l'affidamento della progettazione esecutiva e la realizzazione di un centro natatorio comunale, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La *lex specialis* prevedeva espressamente la possibilità di fornire varianti migliorative relativamente a determinate voci, tra le quali gli elementi di qualità architettonica, la tipologia e le caratteristiche dei materiali di finitura per le componenti edilizie.

Gli atti della procedura sono stati impugnati dalla seconda classificata, la quale ha censurato il comportamento della stazione appaltante sotto due diversi profili. In primo luogo, la ricorrente ha dedotto che l'Amministrazione avrebbe dovuto escludere l'impresa aggiudicataria poiché la proposta di variante migliorativa era da ritenersi inammissibile in quanto contenente una

soluzione tecnica eccedente i limiti inderogabili previsti dalla legge di gara e che, in ogni caso, l'elemento oggetto della variante avrebbe dovuto acquisire punteggio pari a zero. In secondo luogo, la ricorrente ha rilevato che né la controinteressata né l'impresa ausiliaria sarebbero state in possesso della qualificazione per la categoria super specialistica OS 13, deducendone – di conseguenza – l'illegittima esclusione della prima dalla procedura.

A fronte di tale ricorso, la controinteressata aggiudicataria ha spiegato ricorso incidentale c.d. escludente.

Nello specifico, la controinteressata ha rilevato che la ricorrente principale sarebbe stata da escludere per non aver dichiarato – in sede di partecipazione alla gara – il nominativo dell'impresa subappaltatrice, trattandosi di c.d. subappalto necessario. Doveva, quindi, ritenersi insufficiente la semplice dichiarazione resa da quest'ultima di subappaltare i lavori concernenti le categorie speciali, dal momento che l'impresa non era in possesso dei requisiti di qualificazione in relazione alle medesime.

Il T.A.R. ha accolto il ricorso incidentale sotto il profilo appena richiamato, dichiarando, logicamente, inammissibile il ricorso principale.

Pertanto, è stato proposto appello dianzi al Consiglio di Stato contestando, anzitutto, la correttezza della sentenza di primo grado nella parte in cui aveva accolto il primo motivo di ricorso incidentale e, inoltre, riproponendo gli originari motivi del ricorso introduttivo del primo grado, unitamente alla domanda risarcitoria, non esaminati dalla sentenza gravata.

Nell'accogliere l'appello, il Consiglio di Stato ha dichiarato manifestamente fondato il primo di questo alla luce dei principi enucleati dall'Adunanza Plenaria con la pronuncia n. 9 del 2015, per i quali l'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di offerta non è mai obbligatoria, neppure nel caso in cui il partecipante non possieda la qualificazione richiesta dalla *lex specialis*.

Così, in conseguenza della riproposizione dei motivi di primo grado del ricorso principale nonché del ricorso incidentale, è riemerso l'intero *thema decidendum* del precedente grado di giudizio.

Il Collegio, seguendo la sistematica fissata dall'Adunanza Plenaria (in particolare, v. nn. 7/2014, 9/2014 e 5/2015), ha esaminato direttamente i motivi del ricorso principale tralasciando l'esame del secondo e terzo motivo del ricorso incidentale, non contenenti censure escludenti.

Come anticipato, l'appellante rilevava che l'aggiudicataria doveva essere esclusa per avere presentato una variante eccedente i requisiti minimi posti dalla disciplina di gara. Il Giudice ha risolto la questione richiamandosi a consolidati orientamenti giurisprudenziali secondo i quali:

(a) per il principio di tassatività delle clausole di esclusione (art. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 163/2006) l'offerta deve essere esclusa quando difetta degli elementi essenziali dando luogo a una situazione di "incertezza assoluta" ovvero quando la *lex specialis* di gara tipicizza questi

casi;

(b) le censure relative all'attribuzione dei punteggi sono inammissibili, poiché rientranti nell'ampia discrezionalità riconosciuta alla commissione giudicatrice e, quindi, esulano dalla giurisdizione di legittimità se non viziate da abnormità.

Da tali presupposti, il Consiglio di Stato ha colto l'occasione per compiere una ricostruzione analitica della disciplina delle varianti migliorative in sede di offerta.

Segnatamente, premessa la generale possibilità per la stazione appaltante di prevedere varianti progettuali per qualsivoglia tipo di contratto pubblico, il Collegio ha precisato che i concorrenti, nelle gare pubbliche da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, possono presentare offerte migliorative diversamente dal caso di gara pubblica con criterio selettivo del prezzo più basso, nel quale non è mai consentita la presentazione di varianti in sede di offerta.

La *ratio* di tale diverso "*trattamento normativo*" risiederebbe nel fatto che nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è intrinseca una valutazione complessiva dell'offerta, includendo quindi non solo parametri matematici ma anche una serie di fattori rappresentativi della vantaggiosità della medesima in funzione dell'interesse proprio, godendo – in questa valutazione – di ampio potere discrezionale, che permette l'integrazione dell'oggetto a base di gara con quegli aggiustamenti resi possibili dal *know how* dei concorrenti alla gara.

Al contrario, nel caso di selezione con il criterio del prezzo più basso non vi è spazio per l'applicazione di tali principi. Infatti, in tal caso, la stazione appaltante ha esaurito il proprio potere discrezionale esercitandolo nella predeterminazione, a monte, delle condizioni tecniche. A valle, in tal caso, residua esclusivamente la scelta del contraente che ha offerto il prezzo più basso.

Nel séguito, il Collegio ha poi enucleato i criteri guida elaborati dalla giurisprudenza in tema di varianti in sede di offerta, che possono così sintetizzarsi:

(i) sono ammesse varianti migliorative purché non venga snaturato l'oggetto stesso del contratto, sino a porsi come del tutto alternativo a quello voluto dalla P.A.;

(ii) la proposta deve essere effettivamente migliorativa rispetto al progetto di partenza e, a tal fine, il concorrente sarà tenuto a specificare le ragioni sottese all'adattamento proposto in relazione ai singoli elementi progettuali, dando altresì dimostrazione dell'efficienza della variante e della tutela delle esigenze pubbliche;

(iii) la stazione appaltante mantiene di ampio margine di discrezionalità nella valutazione delle stesse (trattandosi pur sempre di valutazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa).

Passaggio di rilievo – nella parte motiva della sentenza in commento – sembra essere la

precisazione che in assenza dell'espressa ammissione nel bando di gara delle varianti progettuali e anche nel caso in cui il progetto posto a base di gara sia definitivo, è comunque consentito alle partecipanti offrire 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*.

Pertanto, facendo applicazione dei principi descritti il Consiglio di Stato ha dichiarato inammissibili e infondate le eccezioni rilevate dall'appellante nel primo motivo del ricorso principale.

Inoltre, con il secondo motivo del ricorso introduttivo del primo grado era stato sollevato che l'aggiudicataria sarebbe dovuta essere esclusa poiché carente della qualificazione per la categoria specialistica OS 13. Il Giudice, tuttavia, nel respingere tale censura, ha affermato (riprendendo un chiarimento reso dall'Amministrazione durante l'espletamento della gara) che il possesso del suddetto requisito valeva ai soli fini dell'esecuzione del contratto e non anche per la partecipazione alla procedura selettiva. Nel caso di specie, quindi, il Collegio ha risolto l'esame del presente motivo di impugnazione riprendendo le linee esegetiche poste dall'Adunanza Plenaria n. 9/2014 in tema di "potere di soccorso" esercitato *ex ante* dalla P.A., *sub specie* di *ruling* contrattuale, reso mediante i chiarimenti in sede di gara.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La sentenza in commento risulta essere di notevole interesse per aver determinato una sorta di "statuto" in tema di varianti in sede di offerta, disciplinate dall'art. 76 del d.lgs. n. 163/2006.

Come noto, l'art. 76 del d.lgs. n. 163/2006 consente la presentazione di offerte con varianti al progetto base purché (i) il criterio selettivo adottato dalla Stazione Appaltante sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e vi sia (ii) l'espressa autorizzazione nella *lex specialis*, la quale deve anche stabilire i requisiti minimi che devono rispettare e le modalità di presentazione delle medesime.

L'evoluzione giurisprudenziale ha, tuttavia, reso un'interpretazione più elastica dell'articolo in commento. In particolare, si è affermato un orientamento più ampio volto a sostenere l'ammissibilità, in assenza di preventiva autorizzazione nel bando di gara, di quelle c.d. soluzioni migliorative, rese possibili da particolari conoscenze tecnologiche in possesso dagli offerenti. Queste ultime sono variazioni consustanziali all'adozione stessa del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La differenza tra i due tipi di modifiche (varianti in senso proprio e mere soluzioni migliorative) apportabili ai progetti posti a base di gara risiede nel fatto che le prime, se ammesse, possono modificare il progetto (anche) significativamente con il limite di non stravolgerne il contenuto rendendolo, di fatto, un *aliud pro alio*. In tale ipotesi, infatti, verrebbe a costituirsi una duplice violazione (i) della scelta discrezionale effettuata dalla stazione appaltante in ordine all'oggetto del contratto e (ii) della *par condicio* tra i partecipanti, i quali devono avere certezza

preventiva dei limiti di presentabilità delle offerte. Le seconde, invece, non possono modificare (in senso proprio) il progetto a base di gara; il loro ambito è circoscritto dai criteri motivazionali dell'offerta economicamente più vantaggiosa (stabiliti anch'essi nel bando). E', quindi, chiara e autoesecutiva la distinzione tra "varianti" e mere "soluzioni migliorative".

Ciò che viene affermato con la sentenza in commento è proprio l'apertura alla possibilità di presentare – al di là della preventiva autorizzazione nel bando di gara – variazioni intrinseche alla scelta del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il contributo di queste, invero, può apportare un complessivo vantaggio alla stazione appaltante che, ferma restando la scelta amministrativa effettuata, beneficia dell'apporto conoscitivo di operatori tecnici attivi in quel determinato settore.

Ad ogni modo, occorre sottolineare che tale facoltà era già presente all'interno della normativa precedente al d.lgs. 163/2006. Già nella pronuncia n. 149/1999, infatti, il Consiglio di Stato aveva già avuto modo di affermare che *"in ogni caso deve ritenersi insito nella scelta del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa che, anche quando il progetto posto a base di gara sia definitivo, sia consentito alle imprese 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"* collegando la possibilità di proporre migliorie in sede di offerta alla mera scelta del criterio selettivo. Questo principio è stato poi confermato da varie pronunce successive (cfr. T.A.R. Calabria, sez. II, n. 1480/2008) e chiarito, con l'espressa dispensa dalla preventiva autorizzazione alla loro presentazione nel bando di gara, da ultimo con diverse sentenze del Consiglio di Stato (in particolare si vedano Cons. Stato, sez. V, n. 1925/2011; Cons. Stato, sez. V, n. 743/2010; Cons. Stato, sez. V, n. 1601/2015; Cons. Stato, sez. V, n. 5655/2015).

In altre parole, pur in assenza di espressa e specifica previsione nel bando di gara, al fine garantire il maggior beneficio possibile per la stazione appaltante e per gli interessi pubblici sottesi, sembra ormai pacificamente ammessa la possibilità per i concorrenti di apportare tutte quelle soluzioni migliorative al progetto base di gara che siano possibili in relazione al *know how* posseduto dagli stessi.

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

- F. Caringella, L. Tarantino, *Codice Amministrativo annotato con la giurisprudenza*, Dike, 2015.
- S. Baccharini, G. Chinè, R. Proietti, *Codice dell'Appalto pubblico*, Giuffrè editore, 2015.
- R. Villata, *Commentario al Codice dei Contratti pubblici*, Giappichelli, 2010.
- P. de Lise, R. Garofoli, *Codice degli Appalti pubblici e nuova direttiva ricorsi, Tomo I (Art. 1-120)*, Nel Diritto Editore, 2009.

- R. De Nictolis, *Manuale degli appalti pubblici*, EPC libri, 2008.