

Varianti e proposte migliorative nell'ambito delle procedure basate sul metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

di Gianluca Taddeo

Data di pubblicazione: 30-6-2018

1. L'applicazione del criterio dell'offerta **economicamente più vantaggiosa** - a differenza del criterio del prezzo più basso che comporta una scelta di carattere sostanzialmente automatico da effettuare mediante il mero utilizzo dei tassativi parametri prescritti dal disciplinare di gara - implica l'esercizio di un adeguato potere di scelta tecnico/discrezionale (1) tale per cui la scelta del contraente avviene non solo sulla base di criteri meramente matematici bensì valutando la complessità dell'offerta proposta. Pertanto nel corso del procedimento di gara, potrebbero rendersi necessari degli **aggiustamenti** rispetto al **progetto** posto a base della gara, sicché, anche laddove tale progetto sia **definitivo**, è consentito alle imprese proporre quelle **variazioni** migliorative, purché non si alterino i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla *lex specialis*, onde non ledere la *par condicio* (2).

(1) *Conforme*: Cons. Stato, Sez. IV, 23.9.2008, n. 4613.

(2) *Conforme*: Cons. Stato, Sez. V, 11.7.2008, n. 3481.

2. In una procedura basata sul metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, rientra nelle c.d. **proposte** migliorative tutto ciò che è finalizzato a rendere il progetto a base di gara meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste e senza che un tanto comporti uno stravolgimento dell'ideazione sottesa al progetto stesso (3). Viceversa, costituiscono **varianti** progettuali quelle che si sostanziano in modifiche strutturali e funzionali del progetto (4).

(3) *Conforme*: Cons. Stato, Sez. V, 14.5.2018, n. 2853.

(4) *Conforme*: Cons. Stato, Sez. VI, 19.6.2017, n. 2969.

3. Il **provvedimento di esclusione** dalla gara è riconducibile agli atti di **amministrazione attiva** che competono al **vertice** della struttura. Ciò anche in coerenza con l'art. 6, co. 1, let. e) della L. 241/1990 laddove si afferma il principio per cui il responsabile del procedimento adotta l'atto definitivo solo se ha la **competenza (gestionale)** altrimenti deve predisporre la proposta per il soggetto in possesso delle prerogative gestionali (5).

Conseguentemente, il provvedimento di esclusione non può essere assunto dalla **commissione** di gara, né può essere emanato dal RUP, eccezion fatta per il caso in cui il medesimo sia un dirigente munito di poteri gestionali (6).

(5) *Conforme*: Cons. Stato, Sez. III, 24.11.2016, n. 4935.

(6) *Conforme*: TAR Lazio, Roma, 9.5.2017, n. 4951.

4. Il **ricorso** contro l'**esclusione** dalla gara pubblica, proposto prima del provvedimento finale di aggiudicazione dell'appalto, non comporta l'**onere** di **notifica** ai **controinteressati**, sia perché in quella fase non sussiste un interesse protetto in capo agli altri concorrenti suscettibile di essere leso dall'eventuale accoglimento del ricorso, sia perché comunque il loro interesse non emerge direttamente dal provvedimento impugnato (7)

(7) *Conforme*: Cons. Stato, Sez. IV, 6.8.2013, n. 4162.

Guida alla lettura

Nella fattispecie oggetto della sentenza in commento la Ricorrente ha dapprima impugnato la comunicazione di esclusione disposta dalla Commissione di Gara unitamente a tutti i verbali e al disciplinare, e poi con Motivi Aggiunti ha gravato il provvedimento con il quale, in seguito all'accoglimento dell'istanza cautelare avanzata dalla ricorrente (che censurava, tra l'altro, l'incompetenza della commissione di gara), l'Amministratore delegato della Stazione Appaltante ha emanato a propria firma il provvedimento di esclusione.

Quanto alla suddetta comunicazione di esclusione, la stessa è stata gravata con il Ricorso Introdotto in virtù dell'incompetenza della Commissione di Gara ad emanare provvedimenti di esclusione. Nonostante a seguito della proposizione dei Motivi Aggiunti il T.R.G.A. abbia considerato "*il primo motivo del ricorso principale (id est, Incompetenza della Commissione - n.d.r.) superato dall'adozione del nuovo provvedimento di esclusione*", lo stesso ha ritenuto opportuno puntualizzare che il provvedimento di esclusione dalla gara è riconducibile agli atti di amministrazione attiva che competono al vertice della struttura. Ciò anche in coerenza con l'art. 6, co. 1, let. e) della L. 241/1990 laddove si afferma il principio per cui il responsabile del procedimento adotta l'atto definitivo solo se ha la competenza (gestionale) altrimenti deve predisporre la proposta per il soggetto in possesso delle prerogative gestionali.

Sulla base di ciò il T.R.G.A. ha, con *obiter dictum*, sottolineato come il provvedimento di esclusione "*non possa essere assunto dalla commissione di gara; né possa essere emanato dal RUP, eccezion fatta per il caso in cui il medesimo sia un dirigente munito di poteri gestionali*".

Dopodiché, vale la pena soffermarsi sull'eccezione formulata dalla Stazione Appaltante circa l'inammissibilità del Ricorso per omessa notifica ad almeno uno dei controinteressati. Infatti essa ha dato occasione ai Giudici Bolzanini per riaffermare il consolidato principio giurisprudenziale per cui "*il ricorso contro l'esclusione dalla gara pubblica, proposto prima del provvedimento finale di aggiudicazione dell'appalto, non comporta l'onere di notifica ai controinteressati, sia perché in quella fase non sussiste un interesse protetto in capo agli altri*

concorrenti suscettibile di essere leso dall'eventuale accoglimento del ricorso, sia perché comunque il loro interesse non emerge direttamente dal provvedimento impugnato” (Cfr. ex multis, Cons. Stato, Sez. IV, 6.8.2013, n. 4162 e 26.3.2012, n. 1763; Sez. III, 1.2.2012, n. 493).

Venendo al merito della vertenza, la Ricorrente è stata esclusa poiché aveva offerto la fornitura e posa in opera di barriere fonoassorbenti realizzate con pannelli *“in legno di abete”* anziché *“in legno di pino di ottima qualità”* come indicato dal Capitolato Speciale di Appalto.

Tale offerta era stata giudicata difforme rispetto al CSA e pertanto in contrasto con quanto previsto dal Disciplinare di Gara che prescriveva *“Non è pertanto consentita l'introduzione di modifiche sostanziali qualificabili come varianti progettuali. Non sono ammesse varianti al progetto”*.

Nello specifico la Stazione Appaltante, pur a fronte di un'offerta pacificamente riconosciuta come migliorativa, aveva contestato l'assenza nell'offerta di un requisito tecnico minimo da lei richiesto nel progetto posto a base di gara (il legno doveva essere *“legno di pino di ottima qualità”*).

Infatti, pur essendo incontestato sia che il materiale offerto dalla Ricorrente avesse prestazioni di assorbimento acustico maggiori di quelle previste in progetto (trattandosi di pannelli classificati di categoria A4, con capacità di assorbimento maggiore di 11 dB, rispetto a quelli di categoria A2 richiesta dal capitolato, con capacità di assorbimento da 4 a 7 dB), sia che la capacità di *“isolamento acustico”* dei pannelli di abete offerti, certificata in 30 dB a seguito di prove di laboratorio, fosse superiore a quella minima di 24 dB prevista dal capitolato speciale, la Stazione appaltante sosteneva che la proposta della Ricorrente costituiva una variante progettuale non ammessa dal bando di gara.

Tali motivazioni non hanno però convinto il T.R.G.A.. Infatti i Giudici hanno anzitutto ritenuto opportuno rammentare che l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - a differenza del criterio del prezzo più basso che comporta una scelta di carattere sostanzialmente automatico da effettuare mediante il mero utilizzo dei tassativi parametri prescritti dal disciplinare di gara - implica l'esercizio di un adeguato potere di scelta tecnico/discrezionale (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 23.9.2008, n. 4613) tale per cui la scelta del contraente avviene non solo sulla base di criteri meramente matematici bensì valutando la complessità dell'offerta proposta. Pertanto nel corso del procedimento di gara, potrebbero rendersi necessari degli aggiustamenti rispetto al progetto posto a base della gara, sicché, anche laddove tale progetto sia definitivo, è consentito alle imprese proporre quelle variazioni migliorative, purché non si alterino i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla lex specialis, onde non ledere la par condicio (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 11.7.2008, n. 3481; Sez. IV, 11.2.1999, n. 149).

Nel caso di specie il T.R.G.A., oltre ad avere rilevato la presenza di una mancanza di correlazione tra le previsioni del capitolato speciale e quelle del disciplinare di gara in relazione alla descrizione dei pannelli fonoassorbenti, ha altresì riscontrato che il Capitolato disponeva espressamente che *“nel caso in cui l'impresa proponesse pannelli fonoassorbenti alternativi a quelli previsti in progetto, questi, oltre a dover essere accettati ad insindacabile giudizio della*

D.L. dal punto di vista tecnico e strutturale”.

Da tale disposizione della *lex specialis* i Giudici hanno dedotto “*che la stazione appaltante, nel consentire al direttore dei lavori (dunque in sede di esecuzione del contratto) di accettare pannelli fonoassorbenti alternativi a quelli previsti in progetto purché, come si deduce essere avvenuto nel caso di specie, conformi alle prescrizioni stabilite riguardo alle prestazioni di assorbimento acustico e di isolamento acustico, ha evidentemente ritenuto non vincolanti le previsioni progettuali relative alla tipologia del legno dei pannelli”.*

Sicché il T.R.G.A. ha concluso che, trattandosi di una procedura basata sul metodo dell’offerta economicamente più vantaggiosa, quella della Ricorrente fosse una mera “*proposta migliorativa*” e non “*una variante progettuale atteso che il direttore dei lavori può consentire autonomamente soltanto varianti di lieve entità, riflettenti categorie di lavori già previste in contratto*”.

Difatti, come anche ritenuto dalla Giurisprudenza, rientra nelle c.d. “*proposte migliorative*” tutto ciò che è finalizzato a rendere il progetto a base di gara meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste e senza che un tanto comporti uno stravolgimento dell’ideazione sottesa al progetto stesso (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 14.5.2018, n. 2853; 10.1.2017, n. 42; 21.4.2016, n. 1595; 15.3.2016, n. 1027; 10.1.2017, n. 42; 11.12.2015, n. 5655 e 16.4.2014, n. 1923). Viceversa, costituiscono varianti progettuali quelle che si sostanziano in modifiche strutturali e funzionali del progetto (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 19.6.2017, n. 2969).

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa

Sezione Autonoma di Bolzano

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 37 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da Consorzio Stabile S.A.C. S.c. a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall’avvocato Roberto Prozzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell’avv. Paolo Mitolo in Bolzano, corso Italia n. 10;

contro

Autostrada del Brennero S.p.a, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Gianlorenzo Pedron, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Bressanone, via Bastioni Minori, n. 2;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

a) con il ricorso introduttivo

- del provvedimento di esclusione della ricorrente, comunicato con nota prot. 2933/18 del 29 gennaio 2018, dalla procedura di gara denominata "Bando 12/2017", per l'affidamento dei lavori per la realizzazione, il rifacimento e il prolungamento di barriere fonoassorbenti, dal km 42+697 al km 49+760 nel comune di Bressanone (BZ) - CIG 71845069E6";
- del verbale della commissione in seduta pubblica del 25 gennaio 2018;
- del verbale della commissione in seduta riservata del 23 gennaio 2018;
- di un eventuale provvedimento con cui siano stati recepiti i verbali della commissione;
- di ogni altro verbale, atto e/o provvedimento della procedura di gara, che ha portato all'adozione del provvedimento di esclusione oggetto di ricorso;
- ove occorra
- del disciplinare di gara, nella parte oggetto di censura nel 5° motivo di ricorso.

b) con i motivi aggiunti depositati il 2.5.2018

- del (rinnovato) provvedimento di esclusione emanato dall'Amministratore delegato di Autostrada del Brennero con determina n. 398 del 23 aprile 2018, comunicato a mezzo pec con nota prot. 12092/18 del 26 aprile 2018;
- della "proposta per l'amministratore delegato" a firma del Direttore Tecnico Generale, allegata alla suindicata determina;
- di tutti gli atti presupposti ivi richiamati, ivi compresi tutti gli atti e provvedimenti già impugnati con il ricorso principale.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autostrada del Brennero S.p.a;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 29 maggio 2018 il Cons. Terenzio Del Gaudio e uditi per le parti i difensori: avv. R. Prozzo per la parte ricorrente; avv. G.L. Pedron per l'Autostrada del Brennero S.p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il ricorrente Consorzio Stabile S.A.C. Costruzioni s.c.a r.l. in proprio e quale capogruppo del costituendo R.T.I. con Safital s.r.l. impugna i provvedimenti indicati in epigrafe con i quali è stata disposta la sua esclusione dalla procedura di gara denominata "Bando 12/2017", indetta dalla Autostrada del Brennero S.p.a. per l'affidamento dei lavori per la realizzazione, il rifacimento e il prolungamento di barriere fonoassorbenti, dal km 42+697 al km 49+760 nel comune di Bressanone (BZ) - CIG 71845069E6".

Più precisamente, vengono impugnati: a) con il ricorso introduttivo, la comunicazione prot. n. 2933/18 del 29.1.2018 di esclusione dalla gara ad opera della commissione di gara ed i verbali della commissione stessa del 29 e del 25.1.2018 nonché, ove occorrer possa, il disciplinare di gara nella parte oggetto di censura con il quinto motivo di ricorso; b) con il ricorso per motivi aggiunti del 2.5.2018, il provvedimento n. 398 del 23 aprile 2018 con il quale, in seguito all'accoglimento dell'istanza cautelare avanzata dalla ricorrente che censurava, tra l'altro, l'incompetenza della commissione di gara, l'Amministratore delegato di Autostrada del Brennero ha emanato a propria firma il provvedimento di esclusione.

A sostegno del ricorso introduttivo vengono dedotti i seguenti motivi d'impugnazione:

- 1) Incompetenza della Commissione;
- 2) Violazione e/o falsa applicazione del bando e del disciplinare di gara. Difetto di motivazione.
- 3) Violazione dei principi comunitari in materia di esclusione dalle gare di appalto;
- 4) Violazione dell'art. 68 del codice dei contratti;
- 5) Violazione dei principi in materia di gare. Violazione dell'art. 3 della L. 241, dell'art. 24 Cost., degli obblighi di correttezza e buona fede, dell'art. 97 Cost.

A sostegno del ricorso per motivi aggiunti vengono riproposti i motivi d'impugnazione di cui al ricorso introduttivo con integrazioni, precisando che "il primo motivo del ricorso principale ("Incompetenza della Commissione" n.d.r.) deve ritenersi superato dall'adozione del nuovo provvedimento di esclusione".

Con ordinanza n. 28/2018 del 21.3.2018 è stata accolta l'istanza cautelare di sospensiva presentata in via incidentale dalla ricorrente.

All'udienza in camera di consiglio del 29.5.2018 Autostrada del Brennero S.p.a. ha rinunciato

ai termini a difesa sul ricorso per motivi aggiunti ed entrambe le parti in lite hanno chiesto la definizione del giudizio con l'emanazione di una sentenza in forma semplificata, sicché, sentite le parti anche nel merito, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato.

In data 25.8.2017 Autostrada del Brennero S.p.a. bandiva la gara denominata "Bando 12/2017" per l'affidamento dei lavori per la realizzazione, il rifacimento e il prolungamento di barriere fonoassorbenti, dal km 42+697 al km 49+760, nel comune di Bressanone (BZ) - CIG 71845069E6.

Il bando prevedeva l'aggiudicazione con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa da individuare sulla base del miglior rapporto qualità / prezzo ai sensi dell'art. 95, comma 2 del Codice dei contratti pubblici ed in base ai criteri indicati nel disciplinare di gara.

L'importo a base d'asta veniva fissato in Euro 15.693.998,66, di cui euro 14.755.050,82 per lavori ed euro 938.947,84 per costi per la sicurezza.

Il progetto a base di gara prevedeva una molteplicità di lavorazioni (sinteticamente descritte all'art. 2 del capitolato speciale), tra cui la fornitura e posa in opera di pannelli fonoassorbenti.

Il ricorrente Consorzio Stabile S.A.C. Costruzioni s.c.a r.l. (di seguito Consorzio Stabile SAC) partecipava alla gara in raggruppamento con la società Safital s.r.l., offrendo la fornitura e posa in opera di barriere fonoassorbenti realizzate con pannelli in legno di abete.

Con nota del 29 gennaio 2018 Autostrada del Brennero S.p.a. comunicava al Consorzio Stabile SAC che "la Commissione nominata con Decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti prot. 552 del 28 novembre 2017 ha disposto l'esclusione di codesto RTI in quanto ha verificato che " ... relativamente al criterio T.5 "Caratteristiche pannello in legno", propone un pannello denominato Car legno 1000 composto interamente in legno d'abete, difformemente a quanto stabilito ai paragrafo 34.5 "Pannelli in legno" del CSA (pagg. 240 - 241) che recita "tutti gli elementi in legno devono essere realizzati in legno di pino di ottima qualità" ... (omissis) Tenuto conto della norma inderogabile indicata nel Disciplinare di Gara a pag. 16 ("Qualora, per effetto del mancato rispetto anche di uno solo dei requisiti tecnici minimi prescritti dal progetto, l'offerta possa essere considerata condizionata dal Concorrente verrà escluso dalla gara. Non è pertanto consentita l'introduzione di modifiche sostanziali qualificabili come varianti progettuali. Non sono ammesse varianti al progetto") e ravvisando che la proposta del Concorrente è difforme al CSA e pertanto in contrasto con quanto previsto dal suindicato Disciplinare".

La suddetta comunicazione, unitamente agli atti indicati in epigrafe, viene impugnata con il ricorso introduttivo, con il quale la ricorrente, nel lamentare anzitutto l'incompetenza della Commissione di gara ad emanare provvedimenti di esclusione, deduce la violazione dell'art. 68 del codice dei contratti, dell'art. 3 della L. 241, degli artt. 24 e 97 Cost., la violazione dei

principi comunitari in materia di esclusione dalle gare di appalto, la violazione e/o falsa applicazione del bando e del disciplinare di gara ed il difetto di motivazione.

In seguito all'emanazione dell'ordinanza cautelare n. 28/2018 del 21.3.2018, l'Amministratore delegato di Autostrada del Brennero S.p.a. ha emanato, su proposta del direttore tecnico generale, la determina n. 389 dd. 26.4.2018 con la quale approvava i verbali della commissione di gara dei giorni 13 dicembre 2017 e 23, 24 e 25 gennaio 2018 e l'esclusione dalla gara del Consorzio Stabile SAC.

La determina n. 389/2018 è oggetto d'impugnazione con ricorso per motivi aggiunti, con il quale vengono riproposti, con integrazioni, gli stessi motivi d'impugnazione di cui al ricorso introduttivo, precisando che "il primo motivo del ricorso principale (id est, Incompetenza della Commissione" - n.d.r.) deve ritenersi superato dall'adozione del nuovo provvedimento di esclusione".

Preso atto di un tanto, si soprassedie dall'esame del primo motivo del ricorso principale, con il quale è stata dedotta l'incompetenza della commissione di gara a disporre le esclusioni dalla procedura).

Ciò non di meno, si reputa opportuno osservare che la più recente giurisprudenza è orientata ad affermare che il provvedimento di esclusione dalla gara è riconducibile agli atti di amministrazione attiva che competono al vertice della struttura (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 24.11.2016, n. 4935) ed un tanto appare coerente anche con le previsioni di cui all'art. 6, comma 1, lettera e) della legge n. 241/1990, in tema di adozione di atti definitivi, laddove stabilisce che il responsabile del procedimento adotta l'atto definitivo solo se ha la competenza (gestionale) altrimenti deve predisporre la proposta per il soggetto in possesso delle prerogative gestionali (testualmente: "il responsabile del procedimento ... adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione").

In base a tale indirizzo, si deve pertanto concludere che il provvedimento di esclusione non possa essere assunto dalla commissione di gara; né possa essere emanato dal RUP, eccezion fatta per il caso in cui il medesimo sia un dirigente munito di poteri gestionali (cfr. TAR Lazio, Roma, 9.5.2017, n. 4951, confermata da Cons. Stato, Sez. III, 19.6.2017, n. 2983; TAR Lazio, Roma, 23.1.2017, n. 1194; Cons. Stato, Sez. III, 8.5.2017, n. 2093).

Si possono ora esaminare le eccezioni pregiudiziali di inammissibilità del ricorso per carenza d'interesse e per omessa notifica ad almeno uno dei controinteressati, sollevate dalla stazione appaltante.

Le eccezioni non hanno pregio.

Per quanto attiene alla prima eccezione, se è pur vero, come sostenuto da Autostrada del Brennero S.p.a., che la nota del direttore tecnico generale dd. 29.1.2018 non ha natura di provvedimento (trattandosi, invero, di mera comunicazione con la quale viene partecipata all'interessata l'esclusione dalla gara disposta dalla Commissione nominata con decreto del

Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti) è altrettanto vero che dai verbali delle sedute del 23 e del 25.1.2018 (impugnati anch'essi con il presente ricorso) risulta espressamente che la commissione di gara (e non la stazione appaltante) "esclude il suddetto concorrente (n.d.r. - il RTI Consorzio Stabile SAC) e non procede all'esame delle offerte tecniche dei criteri successivi al T5" (n.d.r. caratteristiche pannello in legno).

Non si può pertanto porre in dubbio la sussistenza dell'interesse del Consorzio Stabile SAC all'annullamento di determinazioni di gara che influiscano negativamente nell'ambito della propria sfera giuridica.

Si tratta di un interesse che permane nella sua attualità e concretezza atteso che, con determina n. 389 dd. 23.4.2018, oggetto d'impugnazione con motivi aggiunti, l'amministratore delegato di Autostrada del Brennero S.p.a. ha approvato a propria firma l'esclusione del RTI ricorrente dalla procedura di gara di cui ai verbali della commissione di gara.

Per quanto attiene alla seconda eccezione, basta richiamare la consolidata giurisprudenza in base alla quale il ricorso contro l'esclusione dalla gara pubblica, proposto prima del provvedimento finale di aggiudicazione dell'appalto, non comporta l'onere di notifica ai controinteressati, sia perché in quella fase non sussiste un interesse protetto in capo agli altri concorrenti suscettibile di essere leso dall'eventuale accoglimento del ricorso, sia perché comunque il loro interesse non emerge direttamente dal provvedimento impugnato (Cfr. ex multis, Cons. Stato, Sez. IV, 6.8.2013, n. 4162 e 26.3.2012, n. 1763; Sez. III, 1.2.2012, n. 493).

Si può ora procedere all'esame di merito.

Da quanto risulta in atti la ricorrente è stata esclusa dalla gara in argomento perché riguardo alla "offerta tecnica relativa al criterio T5 "Caratteristiche pannello in legno", il Concorrente, difformemente da quanto previsto al paragrafo 34.5 "Pannelli in legno" del CSA (pagg. 240-241) che recita "tutti gli elementi in legno devono essere realizzati in legno di pino di ottima qualità ", propone il pannello denominato CAR LEGNO 1000 composto interamente in legno d'abete. Inoltre il Concorrente propone uno strato fonoassorbente di 80 mm, anziché quello previsto dal CSA di spessore 110 mm. La Commissione dopo una molto approfondita disanima di quanto sopra esposto tenuto conto della norma inderogabile indicata nel Disciplinare di Gara a pag. 16 ("Qualora, per effetto del mancato rispetto anche di uno solo dei requisiti tecnici minimi prescritti dal progetto, l'offerta possa essere considerata condizionata il Concorrente verrà escluso dalla gara. Non è pertanto consentita l'introduzione di modifiche sostanziali qualificabili come varianti progettuali. Non sono ammesse varianti al progetto") ravvisato che la proposta del Concorrente è difforme al CSA e pertanto in contrasto con quanto previsto dal suindicato Disciplinare, all'unanimità ritiene esserci le condizioni per procedere all'esclusione dalla gara del concorrente RTI: Consorzio Stabile SAC Costruzioni Scarl / Safital Srl - u. Pertanto la Commissione, con parere unanime, esclude il suddetto Concorrente e non procede all'esame delle offerte tecniche dei criteri successivi al T5" (cfr. verbali commissione di gara di cui ai doc. nn. 7, 8 e 9 della stazione appaltante).

La motivazione adottata dalla stazione appaltante per disporre l'esclusione del ricorrente RTI dalla procedura di gara non convince.

Il Consorzio Stabile SAC ha partecipato alla gara in raggruppamento con la soc. Safital, offrendo la fornitura e posa in opera di barriere fonoassorbenti realizzate con pannelli in legno di abete anziché “in legno di pino di ottima qualità” come indicato al paragrafo 34.5 “Pannelli in legno” del capitolato speciale d’appalto.

La stazione appaltante non contesta che il materiale offerto abbia prestazioni di assorbimento acustico maggiori di quelle previste in progetto, trattandosi di pannelli classificati di categoria A4 (con capacità di assorbimento maggiore di 11 dB) rispetto a quelli di categoria A2 richiesta dal capitolato (con capacità di assorbimento da 4 a 7 dB), né che la capacità di “isolamento acustico” dei pannelli di abete offerti, certificata in 30 dB a seguito di prove di laboratorio, sia superiore a quella minima di 24 dB prevista dal capitolato speciale (stabilito secondo le norme EN 1793-2 di categoria B3).

Il ricorrente Consorzio Stabile SAC, evidenziando che la procedura di gara prevede l’aggiudicazione con il metodo dell’offerta economicamente più vantaggiosa, deduce di aver semplicemente proposto un’offerta migliorativa ed afferma che la previsione che “tutti gli elementi in legno devono essere realizzati in legno di pino di ottima qualità “ non risulta invero posta a pena di esclusione e che, comunque, la lex specialis consente di offrire la posa in opera di pannelli di legno con materiali diversi da quelli previsti nel progetto a base di gara.

Da parte sua, la stazione appaltante, pur non disconoscendo le positive caratteristiche del materiale offerto dalla ricorrente, ribatte di aver espressamente richiesto nel capitolato speciale d’appalto il “legno di pino di ottima qualità”, avendo ritenuto obiettivo primario da perseguire quello della durabilità, stabilità e facilità di manutenzione dei materiali ed afferma che l’efficacia del trattamento al quale il legno viene sottoposto sarebbe senz’altro maggiore in un legno ad alta impregnabilità come il pino (classe 1 altamente impregnabile) rispetto all’abete (classe 3v poco impregnabile).

La scelta del legno di pino costituirebbe un espresso requisito tecnico minimo previsto dal progetto esecutivo posto a base di gara e sarebbe altresì espressione della discrezionalità tecnica spettante alla stazione appaltante, con conseguente insindacabilità da parte del giudice amministrativo.

Aggiunge che anche in sede di risposte ai quesiti pervenuti (FAQ) è stato chiarito sia che “non sono ammesse varianti al progetto. Si precisa che eventuali variazioni e migliorie proposte in sede di offerta tecnica con riferimento ai pannelli in alluminio e legno potranno riguardare esclusivamente dettagli costruttivi e non potranno incidere sulla geometria complessiva dei medesimi né sulle sezioni degli elementi strutturali”, sia che “non saranno ammesse offerte che prevedano tipologie di pannello realizzate con materiali alternativi rispetto a quanto previsto nel progetto a base di gara”.

Conclude la stazione appaltante sostenendo che la proposta del ricorrente RTI costituirebbe una variante progettuale non ammessa dal bando di gara.

Un tanto riepilogato, si rende anzitutto opportuno rammentare che l’applicazione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa - a differenza del criterio del prezzo più basso

che comporta una scelta di carattere sostanzialmente automatico da effettuare mediante il mero utilizzo dei tassativi parametri prescritti dal disciplinare di gara - implica l'esercizio di un adeguato potere di scelta tecnico – discrezionale (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 23.9.2008, n. 4613).

In altri termini, la stazione appaltante gode di una maggiore discrezionalità e sceglie il contraente non solo sulla base di criteri meramente matematici bensì valutando la complessità dell'offerta proposta.

Da un tanto consegue che, nel corso del procedimento di gara, potrebbero rendersi necessari degli aggiustamenti rispetto al progetto posto a base della gara, sicché, anche laddove tale progetto sia definitivo, è consentito alle imprese proporre quelle variazioni migliorative, purché non si alterino i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla lex specialis, onde non ledere la par condicio (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 11.7.2008, n. 3481; Sez. IV, 11.2.1999, n. 149).

Premesso quanto sopra, non può non rilevarsi la presenza di una mancanza di correlazione tra le previsioni del capitolato speciale e quelle del disciplinare di gara.

Per un verso, il capitolato speciale, che descrive le opere così come rappresentate nel progetto a base di gara, stabilisce:

- al punto 34.1 che “Tutte le barriere e i materiali che le costituiscono devono soddisfare le presenti prescrizioni tecniche. In fase di aggiudicazione, l'accettazione dei materiali è fatta sulla base delle certificazioni e delle dichiarazioni, prodotte dall'impresa, di corrispondenza ai requisiti minimi previsti nel presente capitolato speciale d'appalto”;

- al punto “34.5. che “tutti gli elementi in legno devono essere realizzati in legno di pino di ottima qualità”.

Per altro verso, il disciplinare di gara prevede, in riferimento “caratteristiche del pannello in legno” (senza precisare di quale materiale deve essere costituito), l'attribuzione di un punteggio fino a 5 punti e specifica che ai fini dell'attribuzione del punteggio costituiscono elementi di valutazione, tra l'altro, “il tipo e la qualità dei materiali previsti ... le caratteristiche anche dimensionali dei materiali, la stabilità e la durabilità dei medesimi, ... le caratteristiche di assorbimento e isolamento del rumore a parità del materassino indicato in progetto ... (ecc.)”.

Sempre il disciplinare prosegue specificando che la documentazione da presentare deve consistere in una relazione tecnica, corredata da “schede da tecniche dei materiali” e da “certificazioni di laboratorio”.

Ma c'è di più. Il capitolato speciale, all'art. 34.2, dispone espressamente che “nel caso in cui l'impresa proponesse pannelli fonoassorbenti alternativi a quelli previsti in progetto, questi, oltre a dover essere accettati ad insindacabile giudizio della D.L. dal punto di vista tecnico e strutturale, dovranno appartenere alle seguenti categorie di prestazione acustica: - categoria A2 ... per quanto riguarda le prestazioni di assorbimento acustico; - categoria B3 ... per quanto

riguarda la prestazione di isolamento acustico”.

Se ne deve dedurre che la stazione appaltante, nel consentire al direttore dei lavori (dunque in sede di esecuzione del contratto) di accettare pannelli fonoassorbenti alternativi a quelli previsti in progetto purché, come si deduce essere avvenuto nel caso di specie, conformi alle prescrizioni stabilite riguardo alle prestazioni di assorbimento acustico e di isolamento acustico, ha evidentemente ritenuto non vincolanti le previsioni progettuali relative alla tipologia del legno dei pannelli.

Un tanto non può che ulteriormente deporre nel senso che si verta nell’ambito di una proposta migliorativa e non di una variante progettuale atteso che il direttore dei lavori può consentire autonomamente soltanto varianti di lieve entità, riflettenti categorie di lavori già previste in contratto.

Alla luce di quanto sopra deve convenirsi con il Consorzio Stabile SAC ricorrente che, quanto meno, sussiste un oggettivo dubbio in ordine alla possibilità di poter offrire la posa in opera di “pannelli di legno” realizzati con materiali diversi da quelli previsti nel progetto a base di gara e che l’utilizzazione di un tipo di legno diverso da quello previsto nel progetto a base di gara non pare poter assurgere a “variante progettuale”, piuttosto costituendo, nell’ambito di una procedura basata sul metodo dell’offerta economicamente più vantaggiosa, una mera proposta migliorativa.

Del resto la giurisprudenza reputa come “proposte migliorative” tutto ciò che è finalizzato a rendere il progetto a base di gara meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste e senza che un tanto comporti uno stravolgimento dell’ideazione sottesa al progetto stesso (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 14.5.2018, n. 2853; 10.1.2017, n. 42; 21.4.2016, n. 1595; 15.3.2016, n. 1027; 10.1.2017, n. 42; 11.12.2015, n. 5655 e 16.4.2014, n. 1923).

Viceversa, costituiscono varianti progettuali quelle che si sostanziano in modifiche strutturali e funzionali del progetto (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 19.6.2017, n. 2969).

Nel caso di specie non si può peraltro affermare che, alla luce delle previsioni della *lex specialis*, il Consorzio Stabile SAC abbia offerto un *aliud pro alio*, ovvero che abbia proposto la realizzazione di un’opera diversa nelle sue caratteristiche essenziali da quella del progetto esecutivo.

Deve altresì tenersi conto, al fine del decidere, dei seguenti principi di ordine generale:

- nel caso di contrasti tra le disposizioni del bando e del capitolato va data prevalenza al contenuto del bando (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12.6.2017, n. 2844 e 9.10.2015, n. 4684);
- nelle gare pubbliche i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante devono ritenersi inidonei a modificare o integrare la disciplina della procedura selettiva come definita nel bando e nei suoi allegati (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 5.2.2018, n. 730 e 24.4.2017, n. 1903);

- nell'interpretazione dei bandi di gara devono essere applicate le regole dettate dal codice civile in tema di interpretazione dei contratti e, dunque, il principio della interpretazione complessiva e quello di conservazione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 16.4.2013, n. 2093);

- 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 (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 11.12.2015, n. 5655);

- nelle gare pubbliche l'eventuale contrasto tra disposizioni della lex specialis deve, in ogni caso, essere risolto con un'interpretazione finalizzata a privilegiare il favor participationis e l'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale, costituenti principi generali (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28.2.2011, n. 1247; T.A.R. Lecce, Sez. III, 2.12.2016, n. 1833; T.A.R. Milano, Sez. IV, 23.3.2018, n. 794).

La fondatezza del ricorso introduttivo e del ricorso per motivi aggiunti per le motivazioni sopra illustrate consente di soprassedere dall'esame della censura avverso il disciplinare di gara di cui al motivo 5 del ricorso introduttivo, introdotto soltanto "ove occorra", e per il quale controparte, in sede di udienza in camera di consiglio del 29.5.2018, ha eccepito la tardività.

In conclusione, il ricorso introduttivo ed il ricorso per motivi aggiunti sono fondati e, pertanto, vanno accolti. Per l'effetto vanno annullati gli impugnati provvedimenti di esclusione del ricorrente RTI Consorzio Stabile SAC dalla procedura di gara e, in parte qua, gli impugnati verbali della commissione di gara.

Alla soccombenza consegue la condanna alle spese che vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione autonoma di Bolzano definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e sul ricorso per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie e, per l'effetto annulla gli impugnati provvedimenti di esclusione del ricorrente RTI Consorzio Stabile SAC dalla procedura di gara e, in parte qua, gli impugnati verbali della commissione di gara.

Condanna la società Autostrada del Brennero S.p.a. alla rifusione delle spese di lite a favore della parte ricorrente nell'importo che viene liquidato in euro 4.000,00 (quattromila/00) oltre IVA, CNPA, altri accessori di legge e rifusione del contributo unificato.

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