

Criteri per distinguere un'offerta migliorativa da una variante.

di Michela Colapinto

Data di pubblicazione: 2-11-2019

1. Quando il sistema di selezione delle offerte è basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le soluzioni migliorative possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione, mentre le varianti si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva autorizzazione contenuta nel bando di gara e l'individuazione dei relativi requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un *aliud* rispetto a quella prefigurata dalla P.A., pur tuttavia consentito.

Guida alla lettura

Com'è noto, per determinare l'esclusione da una gara d'appalto occorre valutare se le soluzioni migliorative offerte dalla ditta aggiudicataria costituiscano o meno varianti; nel caso di miglioria che non comporti alcuna sostanziale modifica dei caratteri essenziali del progetto dell'Amministrazione, non vi è esclusione dalla gara.

Tuttavia, le valutazioni operate dalle stazioni appaltanti sulle offerte tecniche delle imprese, in quanto espressioni di discrezionalità tecnica, sono sottratte al giudizio di legittimità del Tar, a meno che non si tratti di conclusioni manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli.

Ciò posto, le soluzioni migliorative (o "varianti progettuali migliorative") hanno ad oggetto gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara, e possono essere sempre e comunque introdotte in sede di offerta; possono, inoltre, essere considerate proposte migliorative tutte quelle precisazioni, integrazioni e migliorie che sono finalizzate a rendere il progetto prescelto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste.

Le varianti, invece, si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva autorizzazione contenuta nel bando di

gara e l'individuazione dei relativi requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un *aliudrispetto* a quella prefigurata dalla stazione appaltanti.

In definitiva, quindi, la differenza tra soluzioni migliorative e varianti apportate dall'impresa al progetto posto a base di gara riposa sull'"intensità" e sul "grado" delle modifiche introdotte dal concorrente.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 2632 del 2019, proposto da

Italscavi Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Salvatore Napolitano, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Campobasso, in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

nei confronti

Scarnata Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Ceniccola, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise, Sezione Prima, n. 00093/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Scarnata Costruzioni S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 luglio 2019 il Pres. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Salvatore Napolitano e Enrico Ceniccola;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Tribunale amministrativo regionale per il Molise con la sentenza n. 93 dell'11 marzo 2019, definitivamente pronunciando sul ricorso principale proposto dalla società Scarnata Costruzioni s.r.l. (d'ora in avanti anche solo Scarnata o appellata) per l'annullamento dell'aggiudicazione da parte della Provincia di Campobasso (d'ora in avanti anche solo l'amministrazione) in favore di Italscavi Costruzioni s.r.l. (d'ora in avanti anche solo Italscavi o l'appellante) della gara per l'affidamento dei lavori di realizzazione del nuovo Liceo Galanti, nonché sul ricorso incidentale spiegato da Italscavi per la mancata esclusione dalla medesima gara di Scarnata e per la illegittima attribuzione dei punteggi alla relativa offerta tecnica; all'esito di una consulenza tecnica d'ufficio ha respinto il ricorso incidentale ed ha accolto quello principale, annullando in parte qua gli atti impugnati e dichiarando il diritto della ricorrente Scarnata all'aggiudicazione dell'appalto, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente già stipulato.

1.1. In particolare, con riguardo al ricorso incidentale di Italscavi, esaminato prioritariamente in quanto di carattere escludente, il tribunale:

a) ha escluso che l'offerta di Scarnata fosse indeterminata per la eccepita mancata valorizzazione della miglioria proposta ("mattoni porotoni" in alternativa al laterizio standard previsto nel progetto esecutivo posto a base della gara) nel computo metrico non estimativo (allegato all'offerta tecnica) ed in quello estimativo (allegato all'offerta economica), l'indicazione di tale miglioria essendo invece espressamente contenuta nella voce nr. 38, codice A09079A BIS, del computo metrico estimativo allegato all'offerta economica, aggiungendo che: il prezzo complessivo del pacchetto tamponatura, offerto in miglioria, era superiore a quello delle lavorazioni previste nel computo metrico del progetto posto a base di gara; il prezzo della lavorazione era coerente con l'analisi dei prezzi depositata nell'offerta economica; la fornitura della lavorazione oggetto di miglioria era riportata nelle schede tecniche allegate all'offerta; la mancata specifica indicazione della dicitura "mattoni porotoni" di per sé non poteva incidere sulla regolarità del computo metrico presentata; nella declaratoria della voce A09079A BIS, relativa alla tamponatura offerta come miglioria, era espressamente indicato che essa comprendeva tutto quanto necessario alla realizzazione dell'opera in perfetta regola d'arte, formula complessiva che escludeva qualsiasi indeterminatezza dell'offerta; in ogni caso l'eventuale mancanza di tale indicazione non poteva comportare l'esclusione dalla gara, essendo evidente che l'offerta in miglioria proposta sussisteva anche per effetto del prezzo di quella voce più alto rispetto a quello indicato nel progetto posto a base di gara;

b) ha rilevato la genericità e l'incomprensibilità della censura relativa al maggior prezzo dell'offerta in miglioria rispetto alla correlativa lavorazione contenuta nel progetto posto a base di gara, osservando tra l'altro che il ribasso proposto da Scarnata era riferito a quello posto a base d'appalto e che l'offerta economica proposta complessivamente non era in aumento;

c) ha giudicato inammissibile, perché non supportata da idonea causa petendi, la domanda subordinata di annullamento della gara.

1.2. Quanto al ricorso principale di Scarnata:

a) ha ritenuto fondato: a1) sia il motivo con cui era stata censurata la valutazione positiva, quale offerta migliorativa (criterio di aggiudicazione n. 3) della proposta di Italscavi della copertura dell'edificio scolastico con una tettoia di rilevante dimensioni in acciaio, trattandosi al contrario di una vera e propria modifica del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, abbinabile di nuovi pareri, autorizzazioni e permessi (in particolare permesso di costruire, validazione progettuale, autorizzazione sismica), come tale vietata dal punto 5 del disciplinare (cioè indipendentemente dalla pur dubbia distinzione tra migliorie ammesse e varianti vietate); a2) sia quella concernente i criteri di aggiudicazione nn. 1 e 2, con cui era stato dedotto che l'offerta, asseritamente migliorativa di Italscavi, erano in realtà peggiorativa, sia quanto al livello di isolamento inferiore rispetto a quello minimo garantito dalla progettazione esecutiva posta a base d'asta, sia in rapporto all'offerta della ricorrente Scarnata;

b2) ha giudicato che "...l'esclusione del progetto dell'aggiudicataria controinteressata, per violazione del disciplinare e per inadeguatezza, appare più confacente al caso di specie...", aggiungendo che "Nondimeno, se pur si volesse giungere alla conclusione di non escludere l'offerta della Italscavi Costruzioni dalla gara, si dovrebbe, comunque ammettere che, tenuto conto della non valutabilità, ai sensi dell'art. 95, comma 14 bis dell'opera aggiuntiva proposta (tettoria – criterio 3), nonché delle oggettive e misurabili minori performance complessive dell'isolamento termico rispetto a quelle della Scarnata Costruzioni (relative al criterio n. 2), l'aggiudicataria non avrebbe mai potuto ottenere un punteggio superiore a quello attribuito alla Scarnata Costruzioni, considerata peraltro la lieve entità del divario di punteggio tra la prima e la seconda classificata (54,83/65 e 50/65 punti)", concludendo nel senso che "In ragione dei manifesti errori nella valutazione delle offerte tecniche, confermati dalle osservazioni del CTU...., il giudizio tecnico espresso dalla commissione di gara, valutato ab extrinseco ma con riguardo ai contenuti interni evidenziati mediante la perizia del CTU, risulta viziato da profili di irragionevolezza e da errori di fatto ed è, pertanto, inattendibile, tenuto peraltro conto che, nella specie, i criteri di valutazione delle offerte tecniche indicati e prescritti dalla lex specialis erano obiettivi ed offrivano ridotti margini di apprezzamento discrezionale".

2. Con rituale e tempestivo atto di appello Italscavi ha chiesto la riforma di tale sentenza, sostenendone l'erroneità e l'ingiustizia alla stregua di due articolati gruppi di censure, rubricati rispettivamente, il primo "II. Error in iudicando: errata pronuncia in relazione al ricorso incidentale. Violazione e falsa applicazione dell'art. 32 comma 13 bis del D. Lgs. 50/2016; violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 12 del D. Lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione del punto 18.1 e 22 del disciplinare di gara. Violazione dei principi generali in

materia di appalto per mancata esclusione di offerta indeterminata e per disparità di trattamento tra i concorrenti” e il secondo “III. Error in iudicando: errata pronuncia in relazione al ricorso principale. Violazione di legge. Violazione e falsa applicazione dell’art. 95, commi 6 e 14 bis del D. Lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara. Eccesso di potere per difetto e insufficienza di istruttoria e per motivazione, errata presupposizione dei fatti, illogicità, contraddittorietà”.

3. Ha resistito al gravame Scarnata, deducendone l’infondatezza e chiedendone il rigetto.

Non si è costituita in giudizio la Provincia di Campobasso, cui pure il gravame risulta ritualmente notificato.

4. Abbinata al merito la domanda cautelare di sospensione dell’esecutività della sentenza impugnata, alla pubblica udienza del 18 luglio 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

5. Il primo gruppo di censure, con cui Italscavi ha sostanzialmente riproposto le doglianze spiegate in primo grado col ricorso incidentale avverso la mancata esclusione dalla gara di Scarnata per la asserita indeterminatezza dell’offerta da quest’ultima presentata, non merita favorevole considerazione.

5.1. Deve premettersi che il disciplinare di gara al punto 5 (intitolato “Criteri di aggiudicazione), dopo la previsione dei criteri e delle modalità di attribuzione del punteggio all’offerta tecnico – qualitativa, a quella economica e a quella relativa al tempo di esecuzione dei lavori, conteneva uno specifico paragrafo, rubricato “Ulteriori Indicazioni Disciplinare Gara”, a tenore del quale le proposte tecniche avrebbero dovuto essere illustrate separatamente e ordinatamente per ciascuno degli elementi di cui sopra, con la produzione della seguente documentazione tecnica minima, datata e sottoscritta dal legale rappresentante del concorrente, e cioè: a) relazione tecnica illustrativa della soluzione progettuale migliorativa proposta; b) elaborati grafici e descrittivi della soluzione tecnica che ne dimostrino l’effettiva fattibilità; c) schede tecniche e/o commerciali, eventuali calcoli dimostrativi delle tesi proposte, certificazioni e attestazioni necessarie all’identificazione dei materiali, dei sistemi e macchine proposti con l’indicazione della garanzia offerta e loro reperibilità; d) requisiti prestazionali della soluzione e dei materiali e/o sistemi alternativi proposti; e) computo metrico non estimativo (senza indicazione dei prezzi) con indicazione di tutte le lavorazioni da eseguire comprendente sia quelle “confermate di progetto” e sia quelle offerte come miglioria (con la precisazione che detto elaborato avrebbe dovuto contenere una chiara indicazione di tutte le lavorazioni offerte ad integrazione/sostituzione di quelle di progetto, così che utilizzando come base il computo di progetto posto a base di gara il concorrente avrebbe dovuto aggiungere le lavorazioni offerte come miglioria, mentre per le corrispondenti contabilizzazioni dei lavori previsti in progetto avrebbero dovuto essere rettificata solo le quantità).

Era anche specificato che l’offerta tecnica non avrebbe potuto comportare alcun maggiore onere, indennizzo, rimborso, adeguamento o altro a carico della stazione appaltante e che pertanto sotto il profilo economico l’importo contrattuale determinato in base all’offerta

economica restava insensibile alla predetta offerta tecnica; non avrebbe potuto stravolgere il progetto posto a base di gara e che pertanto non potevano essere prese in considerazione varianti sostanziali al progetto che comportassero l'acquisizione di nuovi pareri; avrebbe dovuto contenere esclusivamente voci del progetto esecutivo posto a base di gara ed eventuali voci di nuove lavorazioni, descrizioni ed illustrazioni delle proposte migliorative, mentre non doveva recare, a pena di esclusione, alcun riferimento ai prezzi e non deve contenere alcun elemento economico; non avrebbe dato diritto ad alcuna modifica dei patti contrattuali relativi al tempo ed al prezzo offerto.

I punti 16, 17 e 18 del predetto disciplinare indicavano poi il contenuto rispettivamente della busta A (documentazione amministrativa), di quella B (offerta tecnica) e di quella C (offerta economica – tempo esecuzione), prevedendo in particolare quanto a quest'ultima (busta C) che alla dichiarazione avrebbe dovuto essere allegato l'elenco prezzi, il computo metrico estimativo, il quadro economico, il cronoprogramma di cui all'art. 10, comma 2, del DPR 207/2010, tutti debitamente sottoscritti.

Infine il punto 22 del disciplinare (rubricato "Informazioni finali") precisava, tra l'altro, che non sarebbero state ammesse le offerte condizionate o quelle espresse in modo indeterminato o con riferimento a offerte relative ad altro appalto.

5.2. Ciò posto, pur dovendo innanzitutto escludersi che l'offerta presentata da Scarnata fosse carente dei documenti essenziali previsti dalla legge di gara ai fini della sua stessa ammissibilità, essendo pacificamente presenti sia il computo metrico non estimativo che quello non estimativo, secondo l'appellante tuttavia sarebbe pacifico (in quanto desumibile dalla documentazione versata in atti, accertato dal consulente tecnico d'ufficio e ammesso anche dal consulente di Scarnata) che quest'ultima, pur avendo eliminato dal computo non estimativo ed estimativo le lavorazioni oggetto di migliorie, non aveva indicato quelle sostituite né sotto l'aspetto quantitativo, né le aveva valorizzate dal punto di vista economico, dando luogo ad una paradigmatica fattispecie di offerta indeterminata.

La tesi non è condivisibile.

5.2.1. Sotto un primo profilo deve rilevarsi che sia il computo metrico non estimativo che quello estimativo non costituivano, di per sé, secondo le specifiche disposizioni della legge di gara, elementi essenziali per l'ammissibilità e validità dell'offerta, essendo qualificati nell'un caso, quanto al computo metrico non estimativo, elementi illustrativi delle lavorazioni da eseguire e nell'altro, quanto al computo metrico estimativo, un semplice allegato all'offerta economica.

In virtù del principio della tassatività delle cause di esclusione (ed in mancanza di un'apposita clausola della legge di gara che ne prevedesse espressamente l'esclusione) l'eventuale imprecisa, irregolare, incompleta o lacunosa redazione degli atti in questione non avrebbe mai potuto determinare l'esclusione dalla gara, ma incidere eventualmente sulla valutazione dell'offerta tecnica o dare luogo ad una richiesta di chiarimenti da parte della stazione appaltante (in relazione alla eventuale valutazione di congruità dell'offerta economica).

5.2.2. Sotto altro profilo poi deve osservarsi che già nel corso del giudizio di primo grado la

Provincia di Campobasso con la memoria prodotta in data 13 febbraio 2019 ha depositato la Relazione allegata all'offerta tecnica (di Scarnata) sub 31, Capitolo 2, riguardante proprio (come si evince dalla sua lettura) la miglioria offerta con l'utilizzo del mattone poroton, con la specifica indicazione delle voci e tariffe del computo metrico non estimativo del progetto posto a base di gara che sarebbero state sostituite per effetto della miglioria e l'altrettanto specifica indicazione delle nuove voci e tariffe (bis) corrispondenti alla miglioria proposta.

5.2.3. In definitiva proprio l'articolata disciplina della legge di gara, sopra ricordata ed in particolare la previsione della produzione di documentazione illustrativa a supporto sia dell'offerta tecnica che di quella economica (della cui produzione nella fattispecie in esame non può dubitarsi), consente in radice di negare che l'offerta di Scarnata potesse essere considerata indeterminata e quindi da escludere, sussistendo – al contrario – non solo la documentazione essenziale ai fini della stessa ammissibilità della partecipazione alla gara, ma anche quella ulteriormente richiesta sempre dalla legge di gara, idonea ad individuare con sufficiente precisione in cosa consistesse la miglioria offerta (e quali fossero le lavorazioni sostituite) e anche il relativo valore economico, a nulla rilevando eventuali lacune ed imprecisioni nella redazione della documentazione che, lungi dal poter legittimare la esclusione dalla gara, avrebbe eventualmente potuto giustificare una richiesta di chiarimenti anche ai fini di un'eventuale giudizio di congruità dell'offerta (il che rende irrilevanti tutte le suggestive argomentazioni sollevati dall'appellante sulla pretesa mancata corrispondenza tra voci e lavorazioni della miglioria e sulla non precisa relativa indicazione nel computo metrico estimativo).

5.2.4. Resta da aggiungere per completezza, per un verso, che le considerazioni svolte dall'appellante in ordine alla questione del prezzo delle lavorazioni relative alla miglioria offerta da Scarnata risultano assorbite dalle osservazioni svolte, e, per altro verso, che risultano prive di qualsiasi fondamento le censure svolte dall'appellante circa l'illegittimità della valutazione dell'offerta di Scarnata da parte della commissione di gara, non sussistendo alcun travisamento di fatto e comunque appartenendo tale valutazione all'ambito della discrezionalità tecnica dell'amministrazione, notoriamente non sindacabile tranne le macroscopiche ipotesi di illogicità, irragionevolezza, irrazionalità, illogicità o travisamento di fatto che non si rinvergono nel caso di specie.

6. E' invece fondato e deve essere accolto il secondo gruppo di censure con le quali l'appellante Italscavi ha censurato la sentenza impugnata che ha considerato una variante – inammissibile – piuttosto che un miglioramento – ammissibile – la realizzazione del frangisole a copertura del lucernaio di vetro, così accogliendo il ricorso di primo grado proposto da Scarnata.

6.1. Al riguardo occorre innanzitutto ricordare che, diversamente da quanto affermato dal primo giudice, la giurisprudenza ha raggiunto sicuri e ragionevoli approdi, meritevoli di essere confermati anche nella presenta controversia, circa la distinzione tra varianti non consentite e miglioramenti ammessi rispetto ai progetti posti a base di gara

In particolare è stato precisato (da ultimo Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2019, n. 2873) che "...in sede di gara d'appalto e allorquando il sistema di selezione delle offerte sia basato sul

criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione, mentre le seconde si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva autorizzazione contenuta nel bando di gara e l'individuazione dei relativi requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un aliud rispetto a quella prefigurata dalla Pubblica Amministrazione, pur tuttavia consentito (cfr ex multis Cons. di Stato, V, 24 ottobre 2013, n. 5160; Cons. di Stato, V, 20 febbraio 2014, n. 819; Cons. di Stato, VI, 19 giugno 2017, n. 2969; Cons. di Stato, III, 19 dicembre 2017, n. 5967; Cons. di Stato, V, 18 febbraio 2019, n. 1097; Cons. di Stato, V, 15 gennaio 2019, n. 374; per una disamina tra varianti migliorative e varianti non conformi al progetto posto a base di gara si veda: Cons. di Stato, V, 26 ottobre 2018, n. 6121; sulla non fattibilità tecnica della soluzione progettuale dell'offerente a causa della previsioni di varianti non consentite: Cons. di Stato, V, 18 marzo 2019, n. 1749)", così che in definitiva "le proposte migliorative consistono pertanto in soluzioni tecniche che, senza incidere sulla struttura, sulla funzione e sulla tipologia del progetto a base di gara, investono singole lavorazioni o singoli aspetti tecnici dell'opera, lasciati aperti a diverse soluzioni, configurandosi come integrazioni, precisazioni e migliorie che rendono il progetto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste"; è stato aggiunto anche che "...la valutazione delle offerte tecniche come pure delle ragioni che giustificano la soluzione migliorativa proposta quanto alla sua efficienza e alla rispondenza alle esigenze della stazione appaltante costituisce espressione di un'ampia discrezionalità tecnica (Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2018, n. 2853), con conseguente insindacabilità nel merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti dalla commissione, ove non inficiate da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza manifesta (Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2014, n. 1072; 14 novembre 2017, n. 5258)".

6.2. Ciò posto, occorre rilevare che nel caso di specie non è stato adottato alcun elemento probatorio, anche solo di carattere indiziario, dal quale possa plausibilmente ricavarsi che la tettoia frangisole contenuta nel progetto presentato da Italscavi costituisca una inammissibile variante del progetto posto a base di gara dall'amministrazione appaltante, non emergendo in alcun modo che detta tettoia incida sulla struttura, sulla funzione e sulla tipologia del progetto a base di gara stravolgendola ovvero alteri i caratteri essenziali dell'edificio da realizzare e più in generale delle prestazioni richieste.

Lo stesso consulente tecnico d'ufficio nominato dal giudice di primo grado, nel rispondere ai vari quesiti sottopostigli, ha espressamente affermato – tra l'altro – che la tettoia da qua non incide in modo significativo sulla struttura a sollecitazioni sismiche in presenza di isolanti sismici ed il suo effetto sulla statica e dinamica dell'edificio è trascurabile; non comporta un peggioramento percettibile dei profili di affidabilità sismica della soluzione proposta, né una modifica sostanziale dei calcoli strutturali elaborati con riferimento al progetto posto a base di gara, aggiungendo ancora che essa non determina neppure la necessità di richiesta di parere

all'Ufficio Regionale Deposito Sismico, giacché nella Regione Molise non esiste l'istituto dell'autorizzazione sismica, ma soltanto il deposito del progetto (nel caso di privati) ovvero la comunicazione di avvenuto deposito (nel caso di soggetti pubblici).

Sia dal punto di vista funzionale, sia sotto il profilo strutturale, la tettoia non presenta in definitiva caratteristiche tali da poter essere qualificata come variante essenziale del progetto posto dall'amministrazione a base di gara e come tale inammissibile, non implausibilmente essendo stata qualificata – e valutata dall'amministrazione appaltante e per essa dalla commissione di gara – come proposto migliorata, ammissibile.

6.3. E' poi da aggiungere che, diversamente da quanto ritenuto dal primo giudice (anche sulla scorta delle osservazioni del consulente tecnico d'ufficio, sul punto lacunose ed affatto condivisibili), la circostanza che per la realizzazione della tettoria sia (eventualmente) necessario il rilascio del permesso di costruire e una (nuova) validazione del progetto da realizzare non costituiscono elementi idonei a qualificare la tettoia come variante essenziale, inammissibile, piuttosto che offerta migliorativa.

Ammesso pure che tali titoli siano necessari (questione che tuttavia esula dalla presente controversia), quanto al primo (cioè il permesso di costruire) è sufficiente osservare che esso è titolo che autorizza la realizzazione di un manufatto e quindi la trasformazione urbanistica ed edilizia in conformità ai vigenti strumenti di pianificazione; si tratta in altri termini di un provvedimento accessorio ed autonomo rispetto al progetto da realizzare, come tale di per sé idoneo a stabilire se il manufatto da realizzare (e oggetto del permesso di costruire) stravolga o meno il progetto posto a base di gara.

Ad identiche conclusioni deve giungersi anche con riferimento alla validazione, che esprimendo un giudizio di conformità o di appaltabilità di un progetto di opera pubblica, non è strumento di per sé idoneo a verificare se la modifica al progetto posto a base di una gara proposta dai concorrenti ne determini uno stravolgimento essenziale dal punto di vista funzionale o strutturale (così Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2018, n. 2853, secondo cui la necessità di nuovi titoli abilitativi non è di per sé indice di qualificazione dell'intervento in termini di variante, inammissibile, piuttosto che di proposta migliorativa, ammissibile).

Le osservazioni svolte escludono altresì che il permesso di costruire e la validazione (ammesso che siano necessari) integrino la fattispecie dei "nuovi pareri" sul progetto posto a base di gara, che, secondo la legge di gara, costituiva il limite intrinseco delle offerte tecniche (la legge di gara, come sopra ricordato, stabiliva infatti che esse non avrebbero potuto stravolgere il progetto posto a base di gara e che pertanto non potevano essere prese in considerazione varianti sostanziali al progetto che comportassero l'acquisizione di nuovi pareri).

6.4. Per completezza occorre poi osservare che non solo l'offerta migliorativa è ontologicamente diversa dalle mere opere aggiuntive, solo per queste ultime potendo valere il divieto di attribuzione del punteggio previsto per la valutazione dell'offerta tecnica, per quanto la valutazione operata dalla commissione di gara della tettoria offerta da Italscavi come offerta migliorativa ed il relativo punteggio attribuito costituisce espressione di discrezionalità tecnica,

come tale insindacabile salve le ipotesi di irragionevolezza, irrazionalità, illogicità, arbitrarietà, travisamento di fatti, della cui sussistenza nel caso di specie non è stata fornito alcun elemento probatorio (tale non potendo essere la mera contraria opinione di Scarnata).

A ciò si aggiunga che lo stesso consulente tecnico d'ufficio ha considerato attendibili le conclusioni della commissione di gara circa la valutazione complessiva delle proposte progettuali di Italscavi e che, come già si è avuto modo di evidenziare, non vi è alcun elemento certo, oggettivo ed inequivocabile che possa fondare un altrettanto giudizio di sicura erroneità o travisamento dell'operato della commissione di gara (non potendo in ogni caso il giudice amministrativo sostituire la propria valutazione a quella propria ed esclusiva dell'amministrazione e per essa della commissione di gara).

7. In definitiva alla stregua delle osservazioni svolte l'appello deve essere accolto ed in parziale riforma della sentenza impugnata deve essere respinto il ricorso posto in primo grado da Scarnata, restando confermato il rigetto del ricorso incidentale di primo grado di Italscavi.

La peculiarità della controversia giustifica la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi indicati in motivazione e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso proposto in primo grado da Scarnata.

Dichiara compensate tra le parti le spese di giudizio.

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