

Le varianti e le soluzioni migliorative negli appalti, tra nuovo codice e piano nazionale di ripresa e resilienza

di Marco Natoli

Data di pubblicazione: 22-2-2023

Rileva il Collegio che, secondo un orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa, è escluso che il Giudice adito possa sovrapporre la propria valutazione al giudizio espresso dall'organo tecnico preposto all'esame delle offerte di una gara d'appalto, essendo quest'ultimo espressione di discrezionalità sindacabile nei limiti dell'illogicità della soluzione o di un evidente travisamento (cfr., ex plurimis, Cons. Stato, sez. V, 7/9/2022 n. 7795).

Sul punto è utile evidenziare che la giurisprudenza amministrativa consolidata (cfr., Consiglio di Stato, sez. IV, 18/11/2021, n.7715), ha precisato che: a) il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio dell'attività valutativa da parte della commissione giudicatrice di gara non può sostituirsi a quello della pubblica amministrazione, in quanto la valutazione delle offerte rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta alla commissione (Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2019, n. 6058); b) le censure che attingono il merito di tale valutazione (opinabile) sono inammissibili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutivo, fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica (v., tra le più recenti, Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2019, n. 173; sez. III, 21 novembre 2018, n. 6572); c) per sconfessare il giudizio della commissione giudicatrice non è sufficiente evidenziarne la mera non condivisibilità, dovendosi piuttosto dimostrare la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto (Cons. Stato, sez. III, 9 giugno 2020, n. 3694; sez. V, 12 marzo 2020, n. 1772”).

Su tale premessa, ad avviso del Collegio, nel caso di specie, l'operato della Amministrazione resistente non è censurabile dal punto di vista della manifesta illogicità, né pare essere frutto di un evidente travisamento dei fatti, posto che da una piana consultazione della offerta tecnica - relativamente al sub-criterio B2 - formulata dalla Ing. Dalla Gatta s.r.l., non sono ravvisabili elementi tali da integrare *ictu oculi* una modifica strutturale dell'opera oggetto di gara.

Invero, le proposte migliorative dell'aggiudicataria – quali “Verifica formazione fanghi nei comparti di ossidazione; Inoculo fanghi per accelerazione fase di avviamento;- Controllo funzionamento griglia in ingresso ed eventuale pulizia della stessa; Controllo del corretto funzionamento di tutte le apparecchiature installate e dell'assorbimento di corrente da parte delle stesse...ecc.” contenute all'interno della relativa Relazione tecnica – non sono idonee a trasformare il progetto di gara dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale.

A tal proposito, è pacifico che “In sede di gara d'appalto e allorché 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; in tale prospettiva 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”(Consiglio di Stato sez. V, 15/11/2021, n.7602).

La futura entrata in vigore dello schema di revisione dei contratti pubblici e quanto previsto dal Piano nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) inducono il Governo ad agire su più fronti; *in primis*, relativamente alla realizzazione delle opere infrastrutturali che vedono coinvolti parte pubblica e soggetti privati.

Spesso un'accelerazione delle connesse procedure non è avvenuta per l'esistenza di istituti che hanno causato interpretazioni fuorvianti; quest'ultime, a loro volta, hanno dato la stura a contenziosi anche particolarmente complessi e duraturi nel tempo.

Una delle tematiche più controverse riguarda le modifiche che possono coinvolgere gli appalti pubblici nella fase della loro esecuzione.

In particolare la distinzione tra le *varianti (sostanziali, non sostanziali o non snaturanti)* e le *soluzioni migliorative* hanno creato incertezze in merito alla loro differente funzione.

Sul punto apporta chiarimenti l'articolo 120 (*Modifica dei contratti in corso di esecuzione*) del sopra indicato schema di revisione dei contratti pubblici.

Il pregio del citato articolo 120 consiste nel fornire un vero e proprio *vademecum* per amministrazioni ed operatori economici, in particolare con le ricordate nozioni di *varianti sostanziali* e di *modifica snaturante*.

In tal modo si è ovviato alla genericità delle disposizioni della direttiva n. 24 del 26 febbraio 2014 (*Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE*), che, nell'affermare che sono consentite le modifiche che non alterano” la *natura generale del contratto*”, non è riuscita a risolvere le suddette problematiche.

La pronuncia dei magistrati campani, nel richiamare precedenti giurisprudenziali, ha introdotto chiarimenti in merito alle suesposte questioni.

Nello specifico il tribunale amministrativo ha evidenziato che, nel caso in cui l'aggiudicazione sia avvenuta in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le sopra indicate *soluzioni migliorative* e le *varianti* agiscono in modo del tutto differente.

Infatti *le prime* hanno un raggio di azione che lascia ampia libertà nella scelta degli aspetti tecnici relativi a diverse soluzioni. In particolare tali interventi devono sempre rispettare il progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico. In sostanza le *migliorie* non possono assolutamente incidere sulle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione.

Al contrario le citate *varianti* determinano una vera e propria modifica tipologica, strutturale e funzionale, del progetto; le stesse, peraltro, sono ammesse solo nel caso in cui la stazione appaltante, dopo una scrupolosa valutazione, tipica di discrezionalità tecnica, le ritenga idonee.

Pertanto le suddette *proposte migliorative*, senza incidere, come detto, sull'iniziale progetto, forniscono risposte nei confronti di singole lavorazioni o aspetti tecnici dell'opera, lasciati aperti a differenti interpretazioni; le stesse "*qualificano*" lo stesso progetto, senza alterazione delle prestazioni che devono essere compiute.

In definitiva, se le modifiche sono molto intense e penetranti, tali da andare a variare il nucleo del contratto, le stesse saranno sostanziali e non consentite.

In tale contesto risulta utile rammentare quanto affermato dall'ANAC sulla materia (parere ANAC n. 67 dell'11/01/2023).

Infatti, a fronte di un notevole aumento dei prezzi dei materiali, necessari per l'esecuzione dell'opera, stazione appaltante ed appaltatore possono proporre *l'adozione di una variante in corso d'opera*: quest'ultima è finalizzata ai risparmi utili alla compensazione dei costi da utilizzare esclusivamente per compensare le spese più gravose. Nello stesso tempo il cambiamento non deve incidere profondamente sulla struttura del contratto né alterare la funzionalità della medesima opera.

L'importanza della pronuncia consiste nel fatto che, pur essendo richiamate le disposizioni del decreto-legge 30 aprile 2022, n. 36 (*Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)*), sull'attuazione del medesimo PNRR, quest'ultime devono essere considerate di *valenza generale e quindi le stesse trovano attuazione anche nei confronti di tutti i contratti di appalto*.

In particolare la variante in esame non può modificare il corrispettivo dell'appalto, a causa dell'indicato aumento dei prezzi dei materiali; allo stesso tempo l'ingrandimento delle uscite deve essere considerato come circostanza, imprevista ed imprevedibile, che giustifica tale cambiamento.

LEGGI LA SENTENZA

Publicato il 07/02/2023

N. 00884/2023 REG.PROV.COLL.

N. 03081/2022 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3081 del 2022, proposto da Euro Saf S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Migliarotti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia.

contro

Comune di Pietravairano, non costituito in giudizio.

nei confronti

Ing. della Gatta S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Bifulco, Alfredo Cincotti, Ylenia Di Biase, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Asmel Consortile S.C. A R.L., non costituito in giudizio.

per l'annullamento

della determina dirigenziale n.164 del 24 maggio 2022 adottata dal Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di Pietravairano di Aggiudicazione definitiva della gara indicata in epigrafe alla soc.

Ing. Della Gatta s.r.l.; b) del verbale di gara di seduta riservata, nella parte in cui ha attribuito alla controinteressata il punteggio di 3,417 in relazione al sub-criterio B.2; c) del verbale di seduta pubblica del 8 marzo 2022 nella parte in cui ha confermato l'attribuzione del punteggio alla controinteressata di 3,417 in relazione al sub-criterio B.2; d) della determina n.67 del 21 marzo 2022; e) di ogni altro atto presupposto e/o connesso ancorché non conosciuto; f)

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove nelle more stipulato, e per il subentro nella sua esecuzione da parte della ricorrente che dichiara la sua disponibilità al predetto subentro.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Ing. della Gatta S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2022 il dott. Maurizio Santise e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente partecipava alla gara pubblica, indetta dal Comune di Pietravariano, per l'esecuzione dei lavori di "Risanamento ambientale Mediante Adeguamento, Potenziamento e Completamento della rete fognaria comunale e dell'impianto di depurazione", con un importo a base d'asta di euro 5.494.343,78 oltre Iva, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, attraverso l'assegnazione di punti 85 per l'offerta tecnica, punti 5 per l'offerta tempo e punti 10 per l'offerta economica.

In particolare, la *lex specialis*, con riguardo all'offerta tecnica, disponeva che la modalità di attribuzione del punteggio avvenisse in ordine a tre criteri, così rubricati: A, B e C; il criterio B, a sua volta, era suddiviso in due sub-criteri (B.1 e B.2).

Il sub-criterio B.2 prevedeva l'assegnazione di 5 (cinque) punti al concorrente che proponesse "Soluzioni migliorative e/o integrative che garantiscono la facilità e l'efficienza di gestione, manutenzione degli impianti tecnologici a servizio della rete fognaria e dei 5 relativi impianti di depurazione".

In relazione a tale sub-criterio, la commissione di gara, all'esito dello scrutinio delle offerte tecniche, attribuiva punti 3,417 alla Ing. Della Gatta s.r.l. e punti 3,250 assegnati ad Eurosaf s.r.l.

A seguito delle operazioni di gara, la Commissione formava la seguente graduatoria definitiva:

1. ING. DELLA GATTA S.R.L. (Aggiudicataria) – 74.995 punti;

2. EURO SAF S.R.L. (Seconda) – 74.578 punti.

2. Con l'odierno ricorso, la società ricorrente impugnava, quindi, l'aggiudicazione definitiva

disposta in favore della controinteressata, chiedendone l'annullamento, per i seguenti motivi:

I. Violazione di legge – Violazione della *lex specialis* di gara – Introduzione di varianti inammissibili – Violazione dell'art. 106 del d.lgs. 50/2016 – Difetto di istruttoria e di motivazione – Violazione della par condicio dei concorrenti – Violazione dell'art. 147 del d.lgs. 152/2006.

La Società Ing. Della Gatta s.r.l., nella qualità sopra indicata, si costituiva regolarmente in giudizio, contestando l'avverso ricorso e chiedendone il rigetto.

3. All'esito della camera di consiglio del giorno 6 luglio 2022, con ordinanza cautelare n. 1308 del 2022 veniva respinta la domanda cautelare.

Con ordinanza cautelare n. 3785/2022, la V sezione del Consiglio di Stato respingeva l'appello cautelare proposto dalla ricorrente avverso la predetta ordinanza emessa da questo T.A.R.

Alla pubblica udienza del 14 dicembre 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

4. Tanto premesso in punto di fatto il ricorso è infondato; per l'effetto, può prescindersi dall'esame della eccezione in rito sollevata dalla società controinteressata in relazione alla omessa impugnazione della disciplina di gara contestualmente alla aggiudicazione o della genericità del ricorso, alla luce anche della ragione più liquida (cfr., Cons. Stato, Ad. pl. n. 5 del 2015).

Il ricorrente ha affidato l'impugnativa ad un unico motivo di ricorso con cui contesta l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione disposto in favore della controinteressata, in ragione di una asserita erronea valutazione dell'offerta tecnica da parte della stazione appaltante.

In particolare, parte ricorrente afferma che, con riferimento al criterio di valutazione di cui all'art. 18.1., lettera B.2. del disciplinare di gara, recante "Soluzioni migliorative e/o integrative che garantiscono la facilità e l'efficienza di gestione, manutenzione degli impianti tecnologici a servizio della rete fognaria e dei relativi impianti di depurazione", l'offerta della Aggiudicataria, premiata con 3,417 punti sui 5 disponibili, non avrebbe dovuto beneficiare di alcun punteggio, atteso che avrebbe inammissibilmente proposto delle varianti al progetto posto a base di gara, in luogo delle migliorie, andando illegittimamente a modificare l'oggetto dell'appalto.

5. Rileva il Collegio che, secondo un orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa, è escluso che il Giudice adito possa sovrapporre la propria valutazione al giudizio espresso dall'organo tecnico preposto all'esame delle offerte di una gara d'appalto, essendo quest'ultimo espressione di discrezionalità sindacabile nei limiti dell'illogicità della soluzione o di un evidente travisamento (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. V, 7/9/2022 n. 7795).

Sul punto è utile evidenziare che la giurisprudenza amministrativa consolidata (cfr., Consiglio

di Stato, sez. IV, 18/11/2021, n.7715), ha precisato che: a) il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio dell'attività valutativa da parte della commissione giudicatrice di gara non può sostituirsi a quello della pubblica amministrazione, in quanto la valutazione delle offerte rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta alla commissione (Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2019, n. 6058); b) le censure che attingono il merito di tale valutazione (opinabile) sono inammissibili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutivo, fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica (v., tra le più recenti, Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2019, n. 173; sez. III, 21 novembre 2018, n. 6572); c) per sconfessare il giudizio della commissione giudicatrice non è sufficiente evidenziarne la mera non condivisibilità, dovendosi piuttosto dimostrare la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto (Cons. Stato, sez. III, 9 giugno 2020, n. 3694; sez. V, 12 marzo 2020, n. 1772”).

Su tale premessa, ad avviso del Collegio, nel caso di specie, l'operato della Amministrazione resistente non è censurabile dal punto di vista della manifesta illogicità, né pare essere frutto di un evidente travisamento dei fatti, posto che da una piana consultazione della offerta tecnica - relativamente al sub-criterio B2 - formulata dalla Ing. Dalla Gatta s.r.l., non sono ravvisabili elementi tali da integrare *ictu oculi* una modifica strutturale dell'opera oggetto di gara.

Invero, le proposte migliorative dell'aggiudicataria – quali “Verifica formazione fanghi nei comparti di ossidazione; Inoculo fanghi per accelerazione fase di avviamento;- Controllo funzionamento griglia in ingresso ed eventuale pulizia della stessa; Controllo del corretto funzionamento di tutte le apparecchiature installate e dell'assorbimento di corrente da parte delle stesse...ecc.” contenute all'interno della relativa Relazione tecnica – non sono idonee a trasformare il progetto di gara dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale.

A tal proposito, è pacifico che “In sede di gara d'appalto e allorquando il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché le prime possono liberamente esplicarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione, mentre le seconde si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante; in tale prospettiva 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”(Consiglio di Stato sez. V, 15/11/2021, n.7602).

Pertanto, alla stregua delle ragioni sopra rappresentate, non è neppure apprezzabile la tesi prospettata da parte ricorrente secondo cui l'offerta formulata dalla controinteressata si sostanzierebbe in una proposta di gestione dell'impianto, stante, lo si ribadisce, la natura meramente migliorativa delle proposte formulate dalla aggiudicataria, da cui non emerge, né

sembra essere sottesa, alcuna volontà di voler gestire l'opera, come asseritamente sostenuto dalla Euro Saf s.r.l., ma solo di predisporre opere volte alla manutenzione della stessa, come espressamente richiesto dal citato criterio B2. Conferma di tale ricostruzione si rinviene anche nella circostanza che l'aggiudicataria ha proposto di effettuare la manutenzione dell'impianto con una verifica da effettuare una sola volta al mese.

Risulta parimenti infondato il rilievo con cui parte ricorrente censura genericamente l'illegittimità del gravato provvedimento in riferimento all'asserita violazione dell'art. 147 del d.lgs. 152/2006, posto che trattasi di una disposizione dal contenuto programmatico che non presenta alcun nesso col caso di specie.

Ne consegue che il ricorso va respinto.

Le ragioni che hanno condotto alla presente decisione giustificano la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese di lite tra le parti.

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

Così deciso in Napoli nelle camere di consiglio dei giorni 14 dicembre 2022, 25 gennaio 2023, con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Giuseppe Esposito, Consigliere

Maurizio Santise, Consigliere, Estensore