

La linea di confine tra soluzioni tecniche migliorative e varianti progettuali nelle gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

di Matteo Rinaldi

CONSIGLIO DI STATO, sez. V, 2 agosto 2019, n. 5505 – Pres. Severini; Est. Quadri – A. s.r.l. (*Avv.ti* Cancrini e Vagnucci) c. Ministero della Giustizia (*Avv. Gen. Stato*), P. s.p.a. (*Avv.ti* Narese e Grez), E. s.r.l., I.L.A., R. s.r.l., S. s.r.l., F. s.r.l. e P. s.r.l. (*nn.cc.*).

Contratti della p.a. – Appalti pubblici – Gara – Offerta – Valutazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – Progetto – Soluzioni migliorative e varianti progettuali – Differenze.

Nelle procedure ad evidenza pubblica finalizzate all'aggiudicazione di un contratto pubblico, le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'amministrazione. Le seconde, 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 disposizione contenuta nella disciplina 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 dall'amministrazione.

DIRITTO

Giunge in decisione l'appello di A. contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana n. 1597 del 2018, che ha dichiarato inammissibile per carenza di interesse il ricorso proposto dalla stessa società per l'annullamento della revoca dell'aggiudicazione intervenuta in un primo momento a favore della stessa, con contestuale aggiudicazione a E., riguardo ai lavori di manutenzione straordinaria della casa circondariale di Firenze Sollicciano, ed ha, invece, accolto il ricorso proposto dalla seconda classificata P., disponendo l'esclusione di E. per indeterminatezza dell'offerta e la conseguente aggiudicazione della commessa a favore della stessa P.

La revoca è stata adottata perché nell'offerta di A. erano contemplati pannelli di rivestimento dell'edificio di spessore maggiore rispetto a quello previsto inderogabilmente nel massimo dalla *lex specialis*. In conseguenza di tale accertamento, l'offerta della stessa, alla quale era stato in un primo momento attribuito il punteggio di "quindici" in relazione al subcriterio di valutazione B.3.a) del disciplinare, corretto, ora, con "zero", è risultata quarta in graduatoria, in posizione deteriore rispetto a E., a P. e a L. A., classificatesi, rispettivamente, prima, seconda e terza.

L'appellante sostiene l'erroneità sul punto della sentenza gravata, che ha così stabilito: "Nel caso di specie la volontà della stazione appaltante è stata espressa in modo chiaro: sono ammissibili proposte che comportino il mantenimento o una diminuzione dello spessore indicato nel progetto posto a base di gara; non sono invece ammesse proposte le quali implicino un aumento del medesimo e che devono essere qualificate come inammissibili varianti progettuali.

Correttamente quindi è stato attribuito alla ricorrente un punteggio pari a zero nell'elemento "B3a - Miglioramento della coibentazione termica dei pannelli di rivestimento delle facciate", avendo presentato un pannello con spessore maggiore rispetto a quello di progetto".

Secondo l'appellante, poiché, con riferimento alla componente tecnica dell'offerta, la legge di gara non consentiva ai concorrenti di proporre alcuna variante rispetto ai contenuti del progetto posto a base di gara e, di conseguenza, con riferimento a ciascuno dei sub-criteri di valutazione dell'offerta fissati dalla *lex specialis* di gara, i concorrenti potevano offrire esclusivamente migliorie, mentre non potevano in alcun modo discostarsi dalle soluzioni tecniche, strutturali e funzionali individuate a priori negli atti di gara, l'unico modo per apportare migliorie alla trasmittanza termica sarebbe stato quello di aumentare lo spessore del pannello, ottenendo, in tal modo, un migliore livello di isolamento.

A. impugna, sul punto, anche la legge di gara, ed in particolare il sub-criterio qualitativo B.3.a) previsto dal disciplinare ("Miglioramento della coibentazione termica dei pannelli di rivestimento delle facciate"), che prescriveva che: "il miglioramento relativo alla coibentazione dei rivestimenti delle facciate sarà valutato in base alla riduzione della trasmittanza termica dei materiali proposti, con spessore uguale o inferiore a quello progettato".

Il motivo è infondato, potendosi assorbire l'eccezione di inammissibilità sollevata da P.

La legge di gara consentiva ai concorrenti di offrire soluzioni tecniche migliorative rispetto a quelle individuate nel progetto posto a base di gara, mentre non ammetteva varianti progettuali.

Invero, per costante giurisprudenza, nelle procedure ad evidenza pubblica finalizzate all'aggiudicazione di un contratto pubblico, le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'amministrazione; le seconde, 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 disposizione contenuta nella disciplina 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 dall'amministrazione.

Ne deriva che possono 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 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2018, n. 270; 10 gennaio 2017, n. 42; 16 aprile 2014, n. 1923).

Nel caso di specie i concorrenti avrebbero potuto offrire materiali più performanti rispetto a quelli individuati nel progetto posto a base di gara, per garantire una migliore coibentazione termica dell'edificio. Al contrario, la legge di gara era ben chiara nell'escludere che le migliori prestazioni termiche potessero essere ottenute aumentando lo spessore dei pannelli, rispetto a quelli previsti nel progetto posto a base di gara: "il miglioramento relativo alla coibentazione dei rivestimenti delle facciate sarà valutato in base alla riduzione della trasmittanza termica dei materiali proposti, con spessore uguale o inferiore a quello progettato" (cfr. disciplinare di gara, sub-criterio qualitativo B.3.a).

L'art. 75 del capitolato speciale d'appalto, inoltre, indicava espressamente lo spessore di progetto dei pannelli di rivestimento delle facciate, dettando la misura di 54 (cinquantaquattro) mm.

La *ratio* di tali prescrizioni risulta dalla nota del RUP del 21 marzo 2018, per la quale: "i prospetti sui quali si dovrà intervenire sono fortemente caratterizzati da setti verticali in c.a., sporgenti dallo sfondato costituito dai pannelli delle facciate (contenenti le "logge" interne denunciate da una serie di pilastri in c.a. che fungono da grate penitenziarie), che scandiscono ritmicamente le partiture della superficie, secondo rapporti dimensionali oramai consolidatisi e facenti parte della memoria visiva collettiva.

Le superiori considerazioni, per come già indicato, hanno portato i progettisti a determinare lo spessore massimo del pannello da utilizzare, scelta progettuale che tempera le esigenze di funzionalità da conseguire e quelle estetiche da preservare, queste ultime intese non nel senso di accrescere le potenzialità espressive dell'immagine come pervenuta, ma a limitare al minimo una sua contaminazione con interventi poco riguardosi della sua conservazione".

Invero, secondo le prescrizioni dell'art. 7.2 del disciplinare: "il miglioramento relativo alla coibentazione dei rivestimenti delle facciate sarà valutato in base alla riduzione della trasmittanza termica dei materiali proposti, con spessore uguale o inferiore a quello progettato", pari a 54 mm., ai sensi dell'art. 75 del capitolato speciale d'appalto.

Dalla risposta resa dalla stazione appaltante alla richiesta di chiarimenti dell'impresa L.A. l'11 ottobre 2017, pubblicata sulla piattaforma ASP, risulta, poi, che: "I valori di spessore riportati nella colonna di progetto sono valori massimi non superabili (dovuti a vincoli architettonici). Ai fini del miglioramento della qualità è possibile proporre materiali con spessori e valori di trasmittanza inferiori a quelli indicati".

Dunque la proposta di materiali diversi non si configurava come variante, atteso che non rappresentava una variazione tipologica, strutturale e funzionale rispetto alle soluzioni individuate dal progetto.

L'art. 75 del capitolato speciale d'appalto, inoltre, come già osservato, indicava espressamente lo spessore di progetto dei pannelli di rivestimento delle facciate, dettando la misura di 54 (cinquantaquattro) mm. Perciò l'appellante, che ha offerto pannelli di 89 (ottantanove) mm, doveva ricevere "zero" punti per il criterio B3.a) e non "quindici".

Risulta da quanto sopra la legittimità della decurtazione del punteggio nei suoi confronti e, di conseguenza, della revoca dell'iniziale aggiudicazione a suo favore.

Con il secondo motivo, A. si duole dell'erroneità della sentenza contestando la mancata esclusione e comunque la bontà dei punteggi attribuiti a E. per avere la stessa

modificato i pannelli rispetto a quanto previsto dalla legge di gara, offrendo un *aliud pro alio*.

In particolare, a suo dire E. avrebbe aumentato, anziché diminuire, la trasmittanza termica dei materiali offerti prevista dal progetto di gara e quindi avrebbe dovuto essere esclusa o, quantomeno, avrebbe dovuto ottenere un punteggio pari a zero in relazione al criterio B3a).

Anche in relazione al sub-criterio B.3.b) “Miglioramento della coibentazione termica del sistema di copertura del tetto” E. avrebbe dovuto essere esclusa o, quantomeno, avrebbe dovuto ricevere un punteggio pari a zero, avendo introdotto varianti progettuali, mediante l’eliminazione di cinque cm di ghiaia, l’inserimento di una coibentazione da dieci cm e la previsione della posa in opera, al di sopra del coibente, di un pannello OSB con spessore pari a un cm., non previsto in progetto e che aumenta lo spessore totale previsto da dieci ad undici cm.

E. avrebbe, insomma, offerto pannelli privi delle caratteristiche richieste dalla legge di gara (il modello di pannello posto a base di gara è stato infatti tagliato e implementato con uno strato di isolante), oltre che privi della omologazione tecnica europea e della certificazione a prestazione del sistema pannelli, la quale è stata rilasciata dal produttore PIZ in relazione al modello originale e non potrebbe considerarsi estesa anche alla versione modificata dalla E.

L’appellata sentenza ha rilevato come effettivamente E. abbia “offerto un materiale non ammesso dalla legge di gara, finendo a sua volta per proporre un *aliud pro alio*”, ma ha statuito che “l’accoglimento (parziale) del motivo non implica l’esclusione dell’offerta proposta da E. poiché tale conseguenza non è prevista dalla legge di gara; implica però una variazione del punteggio ad essa attribuita”, con la conseguenza che “anche in caso di accoglimento del gravame sotto questo profilo essa resterebbe comunque in posizione peggiore rispetto ad E. L’accoglimento del ricorso non le apporterebbe alcuna utilità, neanche in ipotesi di fondatezza delle ulteriori censure dedotte”.

Tale statuizione sarebbe, però, erronea, oltre che contraddittoria rispetto alle conclusioni cui è pervenuta la stessa sentenza in relazione alla identica censura sollevata da P.C.G., posto che l’aver offerto un radicale *aliud pro alio* avrebbe dovuto necessariamente comportarne l’esclusione dalla gara di E., e non solo la decurtazione del punteggio relativamente al criterio B.3.a).

La sentenza avrebbe, inoltre, errato nel ritenere infondato il secondo profilo di censura, statuendo che: “Non vi è invece luogo a contestare l’attribuzione del punteggio tecnico relativamente al sottoparametro “B3b) – Miglioramento della coibentazione termica del sistema di copertura del tetto”, poiché il pacchetto coibente è formato da 10 cm. di materiale con detrazione di 5 cm. di ghiaia. Il pannello di OSB (*Oriented Strand Board*), consistente in un pannello in legno costituito da strati incollati e pressati in modo da renderlo compatto, ha solo la funzione di proteggere il coibente formando un piano di calpestio uniforme per le successive lavorazioni (pag. 16 della “Relazione Tecnica Migliorie” presentata da E.)”.

Il motivo è infondato.

Invero, la sentenza bene ha ritenuto che la parziale fondatezza del motivo comportasse solo l’annullamento del punteggio in relazione al sub-criterio di valutazione B3a), e non l’esclusione di E., non essendo la stessa prevista dalla legge di gara (“L’accoglimento (parziale) del motivo non implica l’esclusione dell’offerta proposta da E. poiché tale conseguenza non è prevista dalla legge di gara; implica però una variazione del punteggio ad essa attribuita. In particolare, come risulta dalla tabella dei punteggi contenuta a pag. 4 del provvedimento del Ministero 22 giugno 2018, n. 2782, il

punteggio tecnico di E. avrebbe dovuto corrispondere a (52,75-15) punti 37,75 mentre quello finale avrebbe dovuto sommare a (37,75+20,77) 58,52. Posto che la ricorrente ha ottenuto 58,28 e di tale valutazione è stata acclarata la legittimità, ne segue che anche in caso di accoglimento del gravame sotto questo profilo essa resterebbe comunque in posizione peggiore rispetto ad E. L'accoglimento del ricorso non le apporterebbe alcuna utilità, neanche in ipotesi di fondatezza delle ulteriori censure dedotte").

Al contrario, l'esclusione di E. è derivata dall'accoglimento di una diversa censura dedotta da P., che si era classificata seconda a seguito della revoca della iniziale aggiudicazione, e precisamente dalla censurata indeterminatezza della sua offerta. Per la sentenza, infatti: *"...non solo il prodotto è difforme dalle prescrizioni richieste dalla stazione appaltante, ma anche che l'offerta non è esattamente determinata, come correttamente lamenta la ricorrente. È stato stabilito che le offerte nelle pubbliche gare devono essere improntate alla massima linearità e chiarezza al fine di prefigurare all'Amministrazione un quadro certo dei rispettivi doveri ed obblighi contrattuali, e ogni elemento che introduca nel sinallagma negoziale profili di indeterminatezza o di incertezza, anche se in ipotesi vantaggiosi per l'amministrazione, conferisce all'offerta la qualifica di "indeterminata" o "condizionata" con conseguente inevitabile esclusione (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 5 agosto 2016, n. 9182)"*.

La non contraddittorietà della sentenza e la bontà delle suddette statuizioni in ordine alla doverosità dell'esclusione di E. esimono il Collegio dal pronunciarsi sul secondo profilo della censura dedotta dall'appellante, concernente il sub-criterio di valutazione B3b).

Con il terzo motivo di censura A. ha riproposto le ulteriori censure dedotte in primo grado e non esaminate dal Tribunale amministrativo regionale in ragione della dichiarazione di inammissibilità del ricorso, contestando la bontà dei punteggi attribuiti ai concorrenti P. C. G., R. C., P., S. e F. per le caratteristiche dei pannelli, le cui offerte avrebbero dovuto ricevere un punteggio pari a "zero" in ragione dell'aumento di spessore nelle stesse previsto rispetto a quello limite previsto dalla *lex specialis*.

Con riferimento, in particolare, a P., in relazione al sub-criterio B.3.a), la Commissione di gara avrebbe valutato la sua proposta migliorativa, attribuendole il punteggio complessivo di 1,15 punti, non avvedendosi che detta Impresa ha aumentato - anziché diminuire - la trasmittanza termica a base di gara dei materiali proposti, avendo proposto un pannello PIZ Rock Metabio Standard 54 con trasmittanza termica pari a 0,85 W/mqK, superiore alla trasmittanza termica del pannello posto a base di gara (0,69 W/mqK); inoltre, il pannello offerto dal P. (Metabio 54 standard) comporterebbe, altresì, l'aumento dello spessore massimo consentito dalla disciplina di gara, perché sarebbe di mm. 56 anziché 54.

Anche in relazione al sub-criterio B.3.c) ("Miglioramento della coibentazione termica delle coperture dei locali del piano terra"), la commissione di gara avrebbe assegnato alla P. un punteggio superiore (10 punti) a quello ad essa effettivamente spettante (0 punti).

In relazione a tale sub-criterio la stazione appaltante si è impegnata a valutare il miglioramento relativo alla coibentazione delle coperture dei locali al piano terra "in base alla riduzione della trasmittanza termica dei materiali proposti con spessore uguale o inferiore a quello di progetto".

Nella tabella 2 allegata alla propria offerta, P. riporta di avere offerto un pannello con una trasmittanza di 0,26 W/mq k con lo stesso spessore a base di gara (3 cm e 6 cm); ma dalla relazione allegata all'offerta emergerebbe invece, a parere dell'appellante, che con riferimento alla coibentazione del piano terra P. ha proposto un pannel-

lo con una trasmittanza di 0,26 W/mq k e con uno spessore di 10 cm (ossia superiore a quello massimo consentito dalla legge di gara).

La censura è infondata sotto entrambi i profili, potendo anche in questo caso prescindere dall'esaminare l'eccezione di inammissibilità del motivo sollevata da P.

Riguardo al sub-criterio B.3.a), dalla documentazione prodotta in giudizio dal Ministero intimato risulta che P. ha proposto un pannello PIZ Rock Metabio Standard 54 con trasmittanza termica pari a 0,66 W/mqK, inferiore, dunque, alla trasmittanza termica del pannello posto a base di gara (0,69 W/mqK); inoltre, dalla relazione tecnica allegata all'offerta della stessa si legge che: "il sistema è costituito da pannelli di malta composita modificata e fibrorinforzata con fibre di vetro, colorata a mezzo ossidi in pasta del tipo idoneo a resistere agli agenti atmosferici, intimamente accoppiata a elemento coibente in polistirene espanso sinterizzato del tipo autoestingente, tipo neopor (basf) dello spessore di 45 mm"... "spessore totale pannello 54 mm".

Riguardo al sub-criterio B.3.c), per le coperture del piano terra la legge di gara prescriveva per le falde inclinate pannelli di spessore pari a 3 cm e per le falde piane pannelli di spessore pari a 6 cm. Il valore massimo di trasmittanza riferito a pannelli di spessore di 10 cm era di 0,32 W/mqK.

Dalla documentazione versata in atti (cfr. relazione tecnica pag. 10 e 11 e offerta tecnica ed in particolare tabella con i valori di trasmittanza termica e gli specifici spessori dei pannelli offerti), risulta che P. ha offerto pannelli in materiale di tipo stiferite fibre B del seguente spessore: per le coperture del tetto (sub-criterio B3b) di 10 cm; per le coperture del piano terra (sub-criterio B3c) per le falde inclinate pannelli di spessore pari a 3 cm e per le falde piane pannelli di spessore pari a 6 cm, con indice di trasmittanza di 0,26 W/mq k, valore riferito a pannelli di spessore pari a 10 cm.

P. ha, dunque, rispettato la legge di gara.

Dall'infondatezza delle dette censure deriva l'inammissibilità di quelle ulteriormente dedotte per carenza di interesse di A. allo scrutinio delle stesse, con cui ha contestato l'errata attribuzione dei punteggi nei confronti degli altri concorrenti per non conformità alla legge di gara dei pannelli dagli stessi offerti. I concorrenti, invero, si sono classificati tutti in posizione deteriore rispetto a P.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va respinto.

Commento

La vicenda

Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato è tornato a pronunciarsi sulla distinzione tra soluzioni migliorative e varianti al progetto posto a base di gara nelle gare aggiudicate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

Al fine di meglio comprendere le ragioni poste a fondamento della decisione, è utile ricostruire brevemente la fattispecie che ha dato origine alla *quaestio iuris* sottoposta al Supremo Consesso amministrativo.

Il Ministero della giustizia aveva indetto una gara per l'aggiudicazione - con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - di

un appalto di lavori di manutenzione straordinaria delle coperture e delle facciate di un edificio.

Al fine di garantire un miglioramento della coibentazione termica dell'edificio, il disciplinare di gara consentiva ai concorrenti di proporre, in sede di offerta tecnica, materiali più performanti rispetto a quelli individuati nel progetto posto a base di gara. Tuttavia, il medesimo disciplinare escludeva la possibilità di ottenere migliori prestazioni termiche aumentando lo spessore dei pannelli di rivestimento delle facciate, imponendo che gli stessi avessero uno spessore "*uguale o inferiore a quello progettato*".

La stazione appaltante in un primo momento aggiudicava la gara ad A. Successivamente, in accoglimento dell'istanza di E. – seconda in graduatoria – che aveva lamentato la mancata conformità dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria alla disciplina di gara, rimodulava l'attribuzione dei punteggi e revocava l'originaria aggiudicazione. In seguito all'approvazione della nuova graduatoria, l'appalto veniva aggiudicato a E. in qualità di migliore offerente.

Il provvedimento di revoca e di contestuale nuova aggiudicazione a E. veniva impugnato innanzi al T.A.R. Toscana sia da parte di A. – che asseriva l'erroneità della valutazione della propria offerta tecnica e la conseguente illegittimità della revoca dell'originaria aggiudicazione in proprio favore – sia da parte della seconda classificata P.

Il T.A.R. dichiarava inammissibile per carenza di interesse il ricorso di A. e, al contempo, accoglieva il ricorso di P. Così il Ministero della giustizia, in esecuzione di tali statuizioni, disponeva l'esclusione dalla gara di E. per indeterminatezza dell'offerta, aggiudicando la commessa in favore di P.

A. impugnava tale sentenza dinanzi al Consiglio di Stato che, confermando le statuizioni del giudice di *prime cure*, respingeva l'appello, ritenendo infondate tutte le censure sollevate dall'appellante.

I criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa: il regime delle varianti progettuali

Prima di procedere alla disamina della principale questione di diritto affrontata dal Collegio, ossia quella della distinzione tra soluzioni migliorative e varianti progettuali, occorre fare una ricostruzione preliminare sul criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

Il legislatore, a partire dal 2016, ha manifestato un obiettivo *favor* per il suddetto criterio di aggiudicazione rispetto al criterio, residuale, del minor prezzo⁽¹⁾.

Nel quadro normativo italiano, tale criterio trova oggi collocazione nell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016 che, al comma 6, espressamente prevede che *“l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto”*⁽²⁾.

Il Codice dei contratti pubblici, così come il previgente d.lgs. n. 163/2006, non prevede un elenco tassativo di criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; tra quelli citati, a titolo meramente esemplificativo⁽³⁾, dal comma 6 dell'art. 95 sopracitato, vi sono il termine di esecuzione, il merito tecnico, le caratteristiche della prestazione da fornire e i costi di manutenzione o utilizzazione dell'opera⁽⁴⁾.

.....

(1) *Ex pluribus*, Cons. Stato, Ad. Pl. 4/2018, secondo cui *“è noto che il d.lgs. n. 163 del 2006 (come anche la legislazione antecedente) si fondava sul principio dell'equiordinazione dei metodi di aggiudicazione, la cui scelta restava rimessa alla responsabile discrezionalità della stazione appaltante [...] mentre il nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 [...] ha introdotto all' art. 95 una rilevante novità sistematica (sulla scorta del considerando 89 della direttiva 24/2014, laddove si afferma che l'offerta «economicamente» più vantaggiosa è «sempre» quella che assicura il miglior rapporto tra qualità e prezzo), esprimendo un indiscutibile favor per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e prevedendo un «sistema di gerarchia» tra i metodi di aggiudicazione”*.

(2) A mente dell'art. 95, c. 11, d.lgs. n. 50/2016 *“i criteri di aggiudicazione sono considerati connessi all'oggetto dell'appalto ove riguardino lavori, forniture o servizi da fornire nell'ambito di tale appalto sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del loro ciclo di vita, compresi fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio di questi lavori, forniture o servizi o in un processo specifico per una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale”*.

(3) La natura esemplificativa dell'elenco di cui all'art. 95, comma 6, d.lgs. n. 50/2016 è espressamente riconosciuta dalle Linee guida n. 2 di ANAC.

(4) L'art. 95, comma 6, d.lgs. n. 50/2016 elenca i seguenti criteri di valutazione:

“a) la qualità, che comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità per le persone con disabilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, quali OSHAS 18001, caratteristiche sociali, ambientali, contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto, caratteristiche innovative, commercializzazione e relative condizioni;

b) il possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto, in misura pari o superiore al 30 per cento del valore delle forniture o prestazioni oggetto del contratto stesso;

c) il costo di utilizzazione e manutenzione avuto anche riguardo ai consumi di energia e delle risorse naturali, alle emissioni inquinanti e ai costi complessivi, inclusi quelli esterni e di mitigazione degli impatti dei cambiamenti climatici, riferiti all'intero ciclo di vita dell'opera, bene o servizio, con l'obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un'economia circolare che promuova ambiente e occupazione;

d) la compensazione delle emissioni di gas ad effetto serra associate alle attività dell'azienda calcolate secondo i metodi stabiliti in base alla raccomandazione n. 2013/179/UE della Commissione del 9 aprile 2013, relativa all'uso di metodologie comuni per misurare e comunicare le prestazioni ambientali nel corso del ciclo di vita dei prodotti e delle organizzazioni;

Con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, la scelta dell'aggiudicatario non è quindi affidata al mero ribasso del prezzo, ma coinvolge anche la valutazione comparativa di altri elementi della prestazione, che possono essere liberamente fissati dalla stazione appaltante, a patto che siano oggettivi e connessi all'oggetto dell'appalto.

E proprio a proposito dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, un filone giurisprudenziale, in cui si incardina anche la sentenza in commento, si è concentrato sulle varianti proposte in sede di offerta.

A tal riguardo, fermo che la presentazione di varianti progettuali è ammessa solo nelle procedure da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'art. 95, comma 14, d.lgs. n. 50/2016 detta una serie di disposizioni inerenti il regime delle varianti. Si stabilisce, in particolare, che *"le stazioni appaltanti possono autorizzare o esigere la presentazione di varianti da parte degli offerenti"*, da indicare espressamente nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse; che in assenza di una tale indicazione *"le varianti non sono autorizzate"*⁽⁵⁾; che, in caso di autorizzazione o richiesta di varianti, le stazioni appaltanti *"menzionano nei documenti di gara i requisiti minimi che le varianti devono rispettare, nonché le modalità specifiche per la loro presentazione"*⁽⁶⁾.

La distinzione tra soluzioni migliorative e varianti progettuali

Esaurita la ricostruzione del quadro normativo di riferimento dei fatti di causa, è ora possibile passare alla disamina dei passaggi salienti della sentenza in epigrafe.

In primo luogo, il Consiglio di Stato ha considerato infondata la principale censura sollevata dall'appellante, secondo cui il disciplinare di gara sarebbe stato illegittimo nella parte in cui imponeva che i pannelli di rivestimento delle facciate avessero uno spessore uguale o inferiore a quello di progetto. L'appellante, al quale era stato azzerato il punteggio relativo al criterio dell'isolamento termico delle facciate per aver proposto pannelli di spessore superiore a quello indicato nel progetto, aveva sostenuto in sede di gravame che l'unico modo per

.....

e) l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto;

f) il servizio successivo alla vendita e assistenza tecnica;

g) le condizioni di consegna quali la data di consegna, il processo di consegna e il termine di consegna o di esecuzione."

(5) V. art. 95, comma 14, lett. a), d.lgs. n. 50/2016.

(6) V. art. 95, comma 14, lett. b), d.lgs. n. 50/2016.

realizzare l'isolamento termico perseguito dall'amministrazione aggiudicatrice sarebbe stato in realtà quello di aumentare lo spessore dei pannelli di rivestimento delle facciate, nonostante l'espreso divieto previsto dalla *lex specialis* di gara. In altri termini, l'appellante rivendicava una riattribuzione in proprio favore del punteggio relativo all'isolamento termico delle facciate, asserendo che la proposta di aumento dello spessore dei pannelli configurasse una mera soluzione tecnica migliorativa e non una variante progettuale vera e propria.

Sul punto, confermando l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato⁽⁷⁾, i giudici di Palazzo Spada hanno tracciato nuovamente la linea di demarcazione tra soluzioni migliorative e varianti progettuali in sede di offerta tecnica. Così, ad avviso del Collegio le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dalla stazione appaltante; le seconde, 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 disposizione contenuta nella disciplina 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 dall'amministrazione.

Ne deriva – prosegue la sentenza – che possono 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⁽⁸⁾.

Dunque, la decurtazione del punteggio relativo all'isolamento termico delle facciate nei confronti dell'appellante A. risultava pienamente legittima. D'altronde la legge di gara era chiara nell'escludere la facoltà per gli offerenti di aumentare lo spessore dei pannelli previsto nel progetto.

La conclusione cui è pervenuta la Sezione Quinta pare condivisibile poiché, tenuto anche conto del quadro normativo di riferimento delle varianti e della posizione della giurisprudenza amministrativa sopra

.....
(7) *Ex pluribus*, Cons. giust. amm. Sicilia, n. 54/2019; Cons. Stato, n. 269/2018; Cons. Stato, n. 6423/2018; Cons. giust. amm. Sicilia, n. 251/2018; Cons. Stato, n. 42/2017; Cons. Stato, n. 2504/2015.

(8) In termini, Cons. Stato, n. 270/2018; Cons. Stato, n. 269/2018; Cons. Stato, n. 1923/2014.

enucleati, non vi è dubbio che nella procedura *de qua* l'offerta di aumentare lo spessore dei pannelli costituisse una variante vera e propria e non una semplice soluzione migliorativa. Tale assunto, peraltro, trova conforto anche nel divieto di aumentare lo spessore dei pannelli enunciato a chiare lettere dal Ministero nei documenti di gara e giustificato da ragioni di carattere funzionale, estetico ed architettonico.

Di conseguenza, per evitare la "sanzione" dell'azzeramento del punteggio con riferimento al criterio dell'isolamento termico delle facciate, siffatta variante avrebbe dovuto essere autorizzata dall'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 95, comma 14, d.lgs. n. 50/2016, circostanza che, per i motivi già visti, era senz'altro da escludersi nella vicenda in esame.

Per concludere sulla prima censura esaminata dal Collegio, occorre fare cenno all'orientamento giurisprudenziale che, sebbene non immediatamente riferibile a casistiche analoghe a quella in commento, è comunque doveroso segnalare in quanto offre un'interpretazione più elastica dell'art. 95, comma 14, d.lgs. n. 50/2016. In particolare, si è affermato che anche in mancanza della previa autorizzazione di varianti (prevista dal comma 14, cit.), deve comunque ritenersi insita nella scelta del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa la possibilità, per i partecipanti, 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* tra i concorrenti⁽⁹⁾.

***Aliud pro alio*, esclusione del concorrente e discrezionalità tecnica della stazione appaltante**

Il Consiglio di Stato ha considerato infondata anche la seconda censura sollevata dall'appellante, relativa all'omessa esclusione dalla procedura del concorrente E., che aveva offerto dei pannelli privi delle caratteristiche richieste dai documenti di gara, e cioè, seguendo la tesi dell'appellante, un c.d. *aliud pro alio*. A tal proposito, il Collegio ha confermato la decisione del T.A.R., secondo cui il Ministero aveva operato correttamente, essendosi limitato ad azzerare il punteggio dell'offerta tecnica di E. in relazione a tale specifico criterio senza però escludere il medesimo concorrente dalla procedura, in quanto la sanzione espulsiva non era prevista dalla legge di gara per tale ipotesi.

Anche sotto tale profilo la statuizione dei giudici di Palazzo Spada non si presta a censure di sorta. Difatti, affinché il concorrente possa

.....

(9) *Ex multis*, Cons. Stato, n. 6423/2018; Cons. Stato, n. 1601/2015.

esse escluso dalla gara per aver offerto un *aliud pro alio*, è necessario che lo stesso abbia violato gli elementi essenziali dell'offerta tecnica, individuati come tali nel bando e nel disciplinare di gara. L'esclusione del concorrente è dunque legittima solo ove questi abbia presentato un'offerta difforme da quelle specifiche tecniche che abbiano per l'amministrazione un valore essenziale⁽¹⁰⁾. Tuttavia, nel caso *de quo* la *lex specialis* di gara non qualificava espressamente come essenziali le caratteristiche tecniche che l'offerta tecnica del concorrente E. S.r.l. aveva disatteso, motivo per cui quest'ultimo non poteva essere escluso dalla gara per aver offerto un *aliud pro alio*, a differenza di quanto sostenuto dall'appellante.

Ed in effetti, per la configurazione del c.d. *aliud pro alio*, ossia dell'offerta di una prestazione con caratteristiche assolutamente diverse rispetto a quelle volute dalla stazione appaltante, sono dirimenti i requisiti minimi fissati dall'amministrazione nei documenti di gara⁽¹¹⁾. Solo la mancata rispondenza dell'offerta tecnica a detti requisiti minimi costituisce un *aliud pro alio*, che giustifica, in sé, l'esclusione del concorrente poiché, oltre ad alterare la *par condicio* tra i concorrenti, lede l'interesse della stazione appaltante al conseguimento delle funzionalità perseguite, rimettendo al concorrente – con stravolgimento della funzione del procedimento di aggiudicazione – la determinazione dell'oggetto del futuro contratto.

Con riferimento al c.d. *aliud pro alio* si segnala, inoltre, l'orientamento giurisprudenziale secondo cui la presentazione di un *aliud pro alio* giustifica l'esclusione dalla procedura senza che sia necessaria un'espressa clausola estromissiva, essendo sufficiente il riscontro della difformità dell'offerta rispetto alle specifiche tecniche richieste dalla *lex specialis*⁽¹²⁾. Del resto, l'esclusione dalla gara di un'impresa autrice di un'offerta giudicata inidonea dal punto di vista tecnico non si pone in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016⁽¹³⁾, atteso che tale norma riguarda il mancato rispetto di adempimenti solo documentali o formali o privi, comunque, di una base normativa espressa, e non già l'accertata mancanza dei necessari requisiti dell'offerta che erano stati richiesti per la partecipazione alla gara⁽¹⁴⁾. Sulla scorta di questo orientamento,

.....

(10) In termini, Cons. Stato, n. 565/2018.

(11) Cfr. ANAC, parere n. 68/2013 (PREC 277/12/L).

(12) *Ex pluribus*, Cons. Stato, n. 7191/2018; Cons. Stato, n. 4809/2018

(13) Secondo l'art. 83, c. 8, d.lgs. 50/2016 "i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

(14) *Ex multis*, Cons. Stato, n. 747/2018; Cons. Stato, n. 3029/2016.

pertanto, il concorrente E., ove avesse effettivamente offerto un *aliud pro alio*, avrebbe potuto essere escluso dalla procedura pur in assenza di un'espressa clausola di esclusione nei documenti di gara. Tuttavia, come già visto, nel caso di specie l'offerta di E., non avendo integrato gli estremi di un *aliud pro alio*, non poteva essere esclusa solo per tale motivazione.

Del resto, il Supremo Consesso amministrativo non avrebbe potuto surrogarsi al Ministero nella valutazione circa la sussistenza o meno di un *aliud pro alio*, posto che tale valutazione è rimessa alla discrezionalità tecnica dell'amministrazione e sottratta – di norma – al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, il quale non può sostituire proprie valutazioni a quelle effettuate dall'autorità pubblica, quando si tratti di regole (tecniche) attinenti alle modalità di valutazione delle offerte⁽¹⁵⁾.

.....

(15) Cfr. ANAC, delibera n. 210/207 (PREC 48/17/L), secondo cui “*le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte tecniche presentate dalle imprese concorrenti, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti ovvero, ancora, salvo che non vengano in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro applicazione, non essendo sufficiente che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile, in quanto il giudice amministrativo non può sostituire – in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri – proprie valutazioni a quelle effettuate dall'autorità pubblica, quando si tratti di regole (tecniche) attinenti alle modalità di valutazione delle offerte*”. In termini, Cons. Stato, n. 882/2015; ANAC, parere n. 198/2015.

