Sentenza del T.A.R. Toscana n. 685 del 19/05/2022

Massima: *il provvedimento di esclusione dalla gara è di pertinenza della stazione appaltante, e non già dell'organo straordinario-Commissione giudicatrice; la documentazione di gara può, comunque, demandare alla Commissione giudicatrice ulteriori compiti, di mero supporto ed ausilio del RUP, ferma rimanendo la competenza della stazione appaltante nello svolgimento dell'attività di amministrazione attiva alla stessa riservata (Consiglio di Stato sez. VI, 08/11/2021, n.7419).*

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1527 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da Eurosaf s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Migliarotti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Toscana, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luciana Caso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Monaco s.p.a.., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Gianluigi Pellegrino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

sul ricorso numero di registro generale 1581 del 2021, proposto da F.lli Massai s.r.l, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli

avvocati Fabrizio Garzuglia, Giovanni Ranalli, con domicilio eletto presso lo studio Simone Nocentini in Firenze, via dei Rondinelli 2;

contro

Regione Toscana, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luciana Caso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Monaco s.p.a, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Gianluigi Pellegrino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 1527 del 2021:

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

a) del decreto del Dirigente della Regione Toscana – Direzione Mobilità, Infrastrutture e Trasporto Pubblico Locale n.19161 adottato il 2/11/2021, comunicato in data 9/11/2021, con il quale è stata disposta l'esclusione della ricorrente dalla gara e, contestualmente, la verifica dell'anomalia dell'offerta della soc. Monaco S.p.A.; b) del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara alla Monaco S.p.A.; c) in parte qua del disciplinare di gara nella parte in cui prevede che non sono ammissibili proposte che comportino la necessità di una nuova approvazione del progetto esecutivo, laddove si pone in contrasto con i criteri migliorativi previsti al punto B.1.2; d) di ogni altro atto presupposto e/o connesso ancorché non conosciuto; e) 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;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 24/1/2022:

del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara alla Monaco s.p.a. di cui al decreto dirigenziale n.23237/202;

quanto al ricorso n. 1581 del 2021:

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

1) del Decreto Dirigenziale della Regione Toscana n. 19161 datato 2 novembre 2021, certificato e comunicato in data 4 novembre 2021, con il quale è stata disposta l'esclusione del RTI «Impresa f.lli Massai S.r.l. (Capogruppo mandataria), Bruschi S.r.l., Spinelli & Mannocchi S.r.l., Menconi S.r.l. e MCI S.r.l. (mandanti)» dalla procedura di gara avente ad oggetto "Lavori di realizzazione della Variante alla S.R.T. 71 in Comune di Cortona da sud dell'abitato di Camucia allo svincolo con la Perugia - Bettolle";

2) di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o, comunque connesso inclusi per quanto possa occorrere: 2.a) la relazione del RUP del 29 ottobre 2021 costituente l'Allegato F al Decreto Dirigenziale della Regione Toscana n. 19161; 2.b) la nota di comunicazione ex art. 76 del D.lgs. n. 50 del 2016 del 4 novembre 2021, con la quale è stata comunicata al RTI odierno ricorrente l'esclusione dalla procedura di gara avente ad oggetto "Lavori di realizzazione della Variante alla

S.R.T. 71 in Comune di Cortona da sud dell'abitato di Camucia allo svincolo con la Perugia - Bettolle"; 2.c) la nota della Regione Toscana prot. n. 0309013 del 28.07.2021 della Regione Toscana conosciuta all'esito dell'accesso documentale assentito in data 19 novembre 2021; 2.d) il Provvedimento della Regione Toscana, di estremi sconosciuti, con il quale i "Lavori di realizzazione della Variante alla S.R.T. 71 in Comune di Cortona da sud dell'abitato di Camucia allo svincolo con la Perugia - Bettolle" dovessero essere stati aggiudicati alla Società Monaco S.p.A.; 2.e) il disciplinare di gara limitatamente alla parte in cui dovesse consentire l'esclusione di offerte tecniche recanti proposte migliorative afferenti le modalità operative per la realizzazione del ponte sul torrente Mucchia e dei tratti in terra armata il sub criterio B.1.2 limitatamente alla parte in cui dovesse impedire migliorie rispetto al progetto esecutivo e in ogni parte lesiva per il RTI ricorrente ; 2.f) il contratto qualora stipulato

e per la declaratoria e l'accertamento

del diritto del RTI «Impresa f.lli Massai S.r.l. (Capogruppo mandataria), Bruschi S.r.l., Spinelli & Mannocchi S.r.l., Menconi S.r.l. e MCI S.r.l. (mandanti)» ad ottenere, previa la positiva verifica dell'anomalia, l'aggiudicazione dei "Lavori di realizzazione della Variante alla S.R.T. 71 in Comune di Cortona da sud dell'abitato di Camucia allo svincolo con la Perugia - Bettolle", con conseguente ordine alla Regione Toscana di sottoscrivere il contratto con il RTI ricorrente

nonché per la declaratoria dell'inefficacia del contratto di appalto che fosse stato medio tempore stipulato con il controinteressato e conseguente condanna e/o ordine alla Regione Toscana di consentire il subentro del RTI ricorrente nel rapporto contrattuale;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 19/1/2022:

1) del Decreto della Regione Toscana n. 23237 datato 29.12.2021, certificato in data 31.12.2021, comunicato in data 4.1.2022 (e conosciuto in data 11.1.2022 all'esito dell'istanza di accesso documentale), con il quale la Regione ha aggiudicato in via definitiva alla società Monaco s.p.a. i "Lavori di realizzazione della Variante alla S.R.T. 71 in Comune di Cortona da sud dell'abitato di Camucia allo svincolo con la Perugia - Bettolle";

2) di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o, comunque connesso.

Visti i ricorsi i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Toscana e di Monaco s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 maggio 2022 il dott. Luigi Viola e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con determinazione 28 febbraio 2020 n. 4645, il Responsabile del Settore Progettazione e Realizzazione Viabilità Arezzo, Siena e Grosseto della Regione Toscana indiceva la procedura di gara avente ad oggetto l'aggiudicazione, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei "lavori di realizzazione della Variante alla SRT 71 in Comune di Cortona da Sud

dell'abitato di Camucia allo svincolo con la Perugia-Bettolle"; all'esito delle operazioni di gara, il R.T.I. con mandataria la F.lli. Massai s.r.l. (e mandanti le imprese Bruschi s.r.l., Spinelli & Mannocchi s.r.l., Menconi s.r.l. e MCI s.r.l.) si classificava al primo posto con 98,187 punti, mentre la Eurosaf s.r.l. si classificava al secondo posto con 88,664 punti e la Monaco s.p.a. al terzo posto con 87,408 punti; la documentazione di gara era quindi trasmessa al R.U.P. per gli adempimenti conseguenti, compreso il procedimento di verifica di non anomalia della migliore offerta (la cui apertura era peraltro comunicata alla prima classificata dalla nota 17 giugno 2021 del sistema START della Regione Toscana).

Con nota del 28 luglio 2021 prot. 0309013, il R.U.P. chiedeva però alla Commissione di gara una nuova valutazione di alcuni aspetti dell'offerta tecnica del R.T.I. con mandataria la F.lli Massai s.r.l. relativi alla realizzazione del ponte sul torrente Mucchia previsto dal progetto (in particolare, si trattava dell'approfondimento degli aspetti tecnici relativi alla bonifica del piano di posa dei rilevati delle rampe di approccio al ponte da -1,20 m a -2,00 m, alla realizzazione di una soletta di transizione tra le spalle del ponte e il rilevato, alla modifica del numero dei conci dell'impalcato ed all'inserimento di una struttura provvisoria di supporto delle *predalles* nello sbalzo della soletta del ponte) che, a suo dire, venivano ad integrare un significativo discostamento dal progetto esecutivo posto a base di gara e la necessità di una nuova approvazione del progetto dell'opera; con nota del 3 settembre 2021, la Commissione di gara ribadiva però il proprio opinamento in ordine alla necessità di configurare le modifiche tecniche in questione in termini di semplici "integrazioni, precisazioni e migliorie che rendono il progetto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste" e la conseguente necessità di aggiudicare la procedura al R.T.I. primo classificato.

Con determinazione 2 novembre 2021 n. 19161, il R.U.P. disponeva però l'esclusione del R.T.I. con mandataria la F.lli Massai s.r.l. dalla procedura, per le ragioni meglio esplicitate nell'allegato F alla determinazione; in particolare, il detto allegato riteneva di poter concludere per la non rispondenza dell'offerta ad alcuni "parametri stabiliti dalla normativa di gara" (in particolare, si tratta di quattro "punti critici" relativi all'approfondimento degli scavi di bonifica del piano di posa dal livello di -1,20 m previsto dal progetto esecutivo ai -2,00 m previsti dal progetto tecnico della ricorrente; alla previsione di un "cuneo in misto cementato" che svolge le funzioni di soletta oscillante; alla suddivisione dell'impalcato del ponte in 4 conci piuttosto che in 5, con conseguente modifica della localizzazione delle saldature; all'inserimento di una struttura provvisoria di supporto delle *predalles* nello sbalzo della soletta del ponte) e per la conseguente mancanza del necessario "requisito di ammissibilità" di un'offerta tecnica che, con ogni evidenza, rendeva necessaria una nuova approvazione del progetto.

La determinazione 2 novembre 2021 n. 19161 del R.U.P. disponeva altresì l'esclusione dalla procedura anche dell'offerta della seconda classificata Eurosaf s.r.l., per le ragioni meglio esplicitate nell'allegato G alla determinazione e relative alla non rispondenza dell'offerta ad alcuni "parametri stabiliti dalla normativa di gara", sempre con riferimento alla realizzazione del ponte sul torrente Mucchia (in questo caso, si trattava della "realizzazione di dreni verticali a nastro ... nei tratti di rilevato in terre armate" ovvero di opere "non comprese nel Capitolato Speciale di Appalto e rientranti nella categoria OS21, non presente nei lavori in appalto…"); di conseguenza, la determinazione 2 novembre 2021 n. 19161 del R.U.P. disponeva la rettificazione della graduatoria a seguito dell'esclusione delle prime due classificate e l'apertura della fase della verifica della non anomalia dell'offerta della terza classificata Monaco s.p.a..

2. La determinazione 2 novembre 2021 n. 19161 del R.U.P. era impugnata, unitamente agli atti meglio specificati in epigrafe, dalla Eurosaf s.r.l. (seconda classificata nella procedura) con il ricorso R.G. n. 1527/2021 che risulta affidato a censure di: 1) incompetenza del R.U.P.; 2) erroneità del decreto,

difetto di istruttoria e di motivazione; 3) insussistenza della causa di esclusione, illegittimità del disciplinare di gara, contraddittorietà; 4) difetto di istruttoria e di motivazione, insussistenza della necessità di procedere con una nuova approvazione del progetto esecutivo; con il ricorso erano altresì richiesti la declaratoria di inefficacia del contratto ove *medio tempore* stipulato ed il subentro nell'esecuzione dell'appalto.

Con i successivi motivi aggiunti depositati in data 24 gennaio 2022, la Eurosaf. s.r.l. impugnava altresì la determinazione 29 dicembre 2021 n. 23237 del Responsabile del Settore Progettazione e Realizzazione Viabilità Arezzo, Siena e Grosseto della Regione Toscana, avente ad oggetto l'aggiudicazione definitiva della procedura di gara, a seguito della verifica positiva in ordine al solo costo della manodopera, alla terza classificata Monaco s.p.a.; a base della nuova impugnazione erano sostanzialmente poste censure di illegittimità derivata dal provvedimento di esclusione della ricorrente dalla procedura.

Si costituivano in giudizio l'Amministrazione regionale e la controinteressata Monaco s.p.a., controdeducendo sul merito delle censure proposte dalla ricorrente.

3. La determinazione 2 novembre 2021 n. 19161 del R.U.P. era altresì impugnata, unitamente agli atti meglio specificati in epigrafe, dalla F.lli Massai s.r.l. (prima classificata nella procedura) con il successivo ricorso R.G. n. 1581/2021 che risulta affidato a censure di: 1) violazione e falsa applicazione disciplinare di gara (pag. 6, 22 e art. 5.2), violazione dei principi di trasparenza, imparzialità buon andamento dell'azione amministrativa, incompetenza; 2) violazione e falsa applicazione dei principi di trasparenza, imparzialità e correttezza (art. 97 Cost.) sotto ulteriore profilo, violazione e falsa applicazione degli artt. 31 e 77 del D.Lgs. n. 50/2016, violazione del principio di certezza dell'azione amministrativa, eccesso di potere per travisamento, illogicità ed irrazionalità dell'operato dell'azione amministrativa; 3) violazione e falsa applicazione degli artt. 31 e 77 del D.lgs. n. 50 del 2016, incompetenza, violazione dei principi di imparzialità, trasparenza e correttezza, eccesso di potere per illogicità ed irrazionalità dell'azione amministrativa; 4) violazione del disciplinare di gara (pag. 22), incompetenza, eccesso di potere per illogicità dell'azione amministrativa, difetto di motivazione; 5) violazione del principio del contraddittorio e di partecipazione nel procedimento amministrativo, violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del D.lgs. n. 50 del 2016, violazione del paragrafo "verifica anomalia offerta" del disciplinare di gara, violazione dei principi di correttezza, trasparenza, imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) e del giusto procedimento, difetto assoluto di istruttoria, eccesso di potere per contraddittorietà ed illogicità dell'azione amministrativa; 6) violazione del principio del "soccorso procedimentale", violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del D.lgs. n. 50 del 2016, violazione del giusto procedimento, eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria (sotto ulteriore profilo); 7) violazione e falsa applicazione del paragrafo B.1.2 del disciplinare di gara (pag. 21), violazione del principio di tassatività dei motivi di esclusione., violazione dei principi di correttezza e trasparenza nelle procedure di evidenza pubblica, violazione dell'art. 23 del D.lgs. n. 50 del 2016, eccesso di potere travisamento, contraddittorietà ed illogicità, difetto assoluto di motivazione; 8) violazione e falsa applicazione dell'art. 77 e art. 95 del D.lgs. n. 50 del 2016, violazione del punto B.1.2 e punto 7 del disciplinare, eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione, contraddittorietà sviamento nell'esercizio del potere; 9) violazione dell'art. 31 del D.lgs. n. 50 del 2016, eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e motivazione, contraddittorietà e illogicità dell'azione amministrativa, violazione del punto B.1.2) del disciplinare; con il ricorso erano altresì richiesti la declaratoria di inefficacia del contratto ove *medio tempore* stipulato ed il subentro nell'esecuzione dell'appalto.

Con i motivi aggiunti al ricorso R.G. n. 1581/2021 depositati in data 19 gennaio 2022 anche la F.lli Massai s.r.l. impugnava la determinazione 29 dicembre 2021 n. 23237 del Responsabile del Settore

Progettazione e Realizzazione Viabilità Arezzo, Siena e Grosseto della Regione Toscana avente ad oggetto l'aggiudicazione definitiva della procedura di gara alla terza classificata Monaco s.p.a.; a base della nuova impugnazione erano poste censure di: 1) illegittimità derivata; 2) violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della L. n. 241/1990, difetto di motivazione e di istruttoria, violazione dei principi di parità di trattamento, imparzialità e trasparenza.

Anche in questo ricorso si costituivano in giudizio l'Amministrazione regionale e la controinteressata Monaco s.p.a., controdeducendo sul merito delle censure proposte dalla ricorrente.

Con ordinanza 27 gennaio 2022, n. 96, la Sezione respingeva l'istanza proposta con il ricorso ed i motivi aggiunti rilevando come, "nella logica della ponderazione di interessi propria della fase cautelare, ..(risultasse) decisamente prevalente, nella fattispecie, l'interesse della Stazione appaltante (e della collettività) alla realizzazione dell'opera pubblica nelle originarie condizioni di sicurezza previste dal progetto posto a base di gara rispetto all'interesse meramente patrimoniale posto a base del ricorso"; con ordinanza 25 febbraio 2022 n. 916, anche la V Sezione del Consiglio di Stato respingeva l'appello cautelare proposto dalla ricorrente, ritenendo di poter condividere " le conclusioni del giudice di primo grado sia con riferimento al prevalente interesse pubblico alla celere esecuzione dell'opera in questione, sia con riferimento alla natura di varianti sostanziali, piuttosto che di migliorie progettuali, circa le soluzioni tecniche proposte in merito alla realizzazione del ponte sul torrente Mucchia".

Alla pubblica udienza dell'11 maggio 2022, i ricorsi erano quindi trattenuti in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare, la Sezione deve procedere alla riunione dei due ricorsi in decisione, sussistendo evidenti ragioni di connessione sia oggettiva che soggettiva che impongono la decisione delle due impugnazioni con unica sentenza.

Le due impugnazioni e le relative serie di motivi aggiunti risultano poi infondate e devono pertanto essere respinte, per le ragioni di seguito individuate.

2. In particolare, risulta manifestamente infondato il primo motivo del ricorso R.G. 1527/2021, relativo ad una presunta incompetenza del R.U.P. a disporre l'esclusione dalla procedura dell'offerta della ricorrente, trattandosi di valutazione a carattere prettamente tecnico (presuntamente) riservata alla Commissione di gara.

A questo proposito, risulta, indubitabile il fatto che il disciplinare di gara recasse una serie di previsioni che, a prima vista, potrebbero portare a concludere per la necessità di incardinare la competenza a disporre l'esclusione dalla procedura di gara delle offerte non rispondenti alle specifiche tecniche della procedura in capo alla Commissione di gara; in particolare, il riferimento è alle previsioni di cui alle pagine 6 ("la Commissione giudicatrice, in seduta pubblica,…esclude le eventuali offerte tecniche irregolari"), 20 ("nel caso in cui l'offerta non sia ritenuta accettabile dalla Commissione giudicatrice il concorrente sarà escluso dalla gara e non si procederà, pertanto, all'apertura della relativa offerta economica") e di cui al punto 5.2 ("determina l'esclusione dalla gara il fatto che l'offerta tecnica…. sia ritenuta inaccettabile dalla Commissione giudicatrice in quanto peggiorativa o incompatibile con il progetto esecutivo a base di gara") del disciplinare di gara che, sembrano, almeno a prima vista, riservare il potere di esclusione dalla procedura di gara per ragioni "tecniche" (ovvero a seguito della riscontrata non conformità dell'offerta tecnica del concorrente al progetto posto a base di gara) alla Commissione piuttosto che al R.U.P.

Con tutta evidenza, si tratta però di previsioni che non possono costituire oggetto di una lettura atomistica, ma che devono essere inserite all'interno della sistematica più complessiva della procedura di gara ed in particolare, devono essere lette in maniera coordinata con la previsione di cui a pag. 6 del disciplinare di gara che, nel quadro della complessiva determinazione delle competenze rispettive dei tre organi della procedura (il Presidente della Commissione, la Commissione di gara ed il D.R.C. che svolge, ai fini della legislazione regionale, le funzioni del R.U.P.) attribuisce inequivocabilmente al D.R.C. il compito di approvare i verbali ed adottare "il provvedimento con il quale dispone le esclusioni" dalla procedura.

La competenza finale all'adozione dei provvedimenti "finali" di esclusione dalla procedura di gara risulta pertanto essere inequivocabilmente attribuita, dal disciplinare di gara, al solo D.R.C. e, con tutta evidenza, si tratta di un potere che non risulta per nulla limitato alle sole esclusioni determinate da carenze documentali o altre ragioni "amministrative" (come implicitamente prospetto dalla ricorrente), ma che investe l'interezza delle ragioni di esclusione e, quindi, anche le esclusioni determinate da ragioni "tecniche", ovvero determinate dalla non rispondenza del progetto tecnico delle singole partecipanti alla procedura alla specifiche tecniche previste dal progetto esecutivo a base di gara.

Risulta pertanto necessitata una lettura delle tre previsioni di cui alle pag. 6, 20 ed al punto 5.2 del disciplinare di gara in coordinazione con la finale attribuzione al D.R.C. della competenza all'adozione del provvedimento di esclusione dalla procedura, con conseguenziale necessità di riconoscere alla Commissione di gara solo una funzione di ausilio, con riferimento a tutti i profili tecnici inerenti all'offerta del singolo concorrente, di una scelta finale riservata al D.R.C.

Del resto, la costruzione proposta da parte ricorrente e tendente a svalutare le competenze del D.R.C. presuppone, con tutta evidenza, una necessità di "leggere" le competenze dell'Organo in termini di potere vincolato alle determinazioni della Commissione di gara che non è per nulla desumibile dalla già citata previsione di pag. 6 del disciplinare di gara (come già detto, destinata a regolamentare le competenze rispettive degli Organi della procedura) e che peraltro non risulta assolutamente in linea con la complessiva strutturazione di una procedura di gara che tende, al contrario, a riservare al D.R.C. la competenza finale all'emanazione di tutti i provvedimenti di esclusione dalla procedura.

Quanto sopra rilevato basterebbe già a determinare il rigetto del primo motivo del ricorso R.G. n. 1527/2021, non avendo la ricorrente censurato la previsione del disciplinare di gara (pag. 6) che riserva al D.R.C. la competenza all'adozione dei provvedimenti di esclusione dalla procedura.

Per completezza, la Sezione deve però rilevare come la strutturazione complessivamente desumibile dal disciplinare di gara risulti ben in linea con la ricostruzione delle rispettive sfere di competenza della Commissione di gara e del R.U.P. emersa in giurisprudenza.

A questo proposito, deve sicuramente essere richiamata una recente decisione della Sezione che ha rilevato come "la giurisprudenza …(abbia) in più occasioni ribadito che il provvedimento di esclusione dalla gara è di pertinenza della stazione appaltante, e non già dell'organo straordinario-Commissione giudicatrice; la documentazione di gara può, comunque, demandare alla Commissione giudicatrice ulteriori compiti, di mero supporto ed ausilio del RUP, ferma rimanendo la competenza della stazione appaltante nello svolgimento dell'attività di amministrazione attiva alla stessa riservata (Consiglio di Stato sez. VI, 08/11/2021, n.7419).

L'invocata disposizione del disciplinare non vale a sottrarre alla stazione appaltante il potere di decidere la non conformità dell'offerta al progetto dalla stessa predisposto imponendole la realizzazione di un'opera diversa da quella voluta; la sua portata deve essere circoscritta al sub

procedimento che si svolge innanzi all'organo valutatore, senza che il vaglio positivo dello stesso sulla "accettabilità" della offerta possa precludere un successivo diverso accertamento del RUP" (T.A.R. Toscana, sez. I, 19 aprile 2022, n. 526).

Anche prescindendo dalla chiara riserva al D.R.C. della competenza in materia di esclusione delle offerte dalla procedura operata dalla previsione di pag. 6 del disciplinare di gara, la costruzione proposta da parte ricorrente non risulta pertanto in linea con la complessiva strutturazione desumibile dai principi generali e dalle fonti normative in materia e pertanto risulta manifestamente insuscettibile di accoglimento.

2.1. Le successive censure proposte con il ricorso R.G. n. 1527/2021 contestano poi nel merito la conclusione raggiunta dalla determinazione 2 novembre 2021 n. 19161 del R.U.P. in ordine alla necessità di escludere dalla procedura l'offerta della ricorrente che non è risultata in linea con alcuni "parametri stabiliti dalla normativa di gara" con riferimento alla realizzazione del ponte sul torrente Mucchia; in particolare, si tratta delle ragioni meglio esposte nell'allegato G alla determinazione e radicate sulla realizzazione, prevista dal progetto tecnico allegato all'offerta, di alcuni "dreni verticali a nastro ... nei tratti di rilevato in terre armate" ovvero di opere "non comprese nel Capitolato Speciale di Appalto e rientranti nella categoria OS21".

A questo proposito, la Sezione deve preliminarmente richiamare la previsione di cui al punto II.2.10 del bando di gara che esplicitamente evidenziava come si trattasse di procedura che, in linea generale, non ammetteva la presentazione di varianti ad opera dei concorrenti; già in termini generali risultava pertanto evidente come la progettazione esecutiva relativa al ponte sul torrente Mucchia non risultasse suscettibile di varianti tese a modificare le caratteristiche costruttive del manufatto o le soluzioni tecniche poste a base della realizzazione dell'opera.

La possibilità di presentare varianti relative alle modalità costruttive del ponte sul torrente Mucchia non poteva poi essere desunta dal subcriterio B.1.2 per la valutazione dell'offerta tecnica previsto dal disciplinare di gara che investiva solo le "modalità operative" per la realizzazione dell'opera sotto i profili dell'"efficienza dell'organizzazione operativa della fase di realizzazione delle rampe di approccio e uscita dal ponte…(dell')ottimizzazione della fase relativa alla realizzazione del ponte che consenta una migliore predisposizione delle aree di lavoro… (dell')utilizzo di attrezzature e macchinari con elevato livello di produttività ..(e dell') efficienza del sistema di controllo delle lavorazioni e dei materiali utilizzati" e non prevedeva per nulla un qualche potere di variare le caratteristiche tecniche del ponte o le relative tecniche costruttive previste dal progetto.

Ove ve ne fosse ulteriore bisogno, l'esatta estensione dei contenuti del subcriterio B.1.2 risultava poi ben delimitata dalle ulteriori previsioni del disciplinare di gara che, a differenza di quanto previsto con riferimento ad altri subcriteri che lasciavano ai concorrenti maggiore flessibilità progettuale, prevedevano che "le migliorie offerte relative all'organizzazione del cantiere non ..(dovessero) essere quotate nella documentazione economica, in quanto i loro costi sono ricompresi nelle spese generali…o all'interno degli oneri della sicurezza aziendale"; in ogni caso, risultava quindi impossibile proporre delle migliorie di cui al subcriterio B.1.2 che prevedessero opere o lavorazioni non previste in progetto, risultando lo *ius variandi* limitato solo a modificazioni dell'organizzazione dei lavori che non modificassero la lista delle lavorazioni e potessero essere riportate solo ad una diversa "modulazione" degli oneri relativi alle spese generali o alla sicurezza.

In questa prospettiva, risulta pertanto evidente come i "dreni verticali a nastro ... nei tratti di rilevato in terre armate" proposti dalla ricorrente costituiscano una sostanziale innovazione del progetto esecutivo e, indipendentemente da ogni considerazione in ordine alla maggiore o minore efficacia della metodica proposta, non possano essere riportati al (limitato) *ius variandi* regolamentato dal

subcriterio B.1.2 del disciplinare di gara, venendo ad integrare una modificazione delle lavorazioni previste dal progetto esecutivo, piuttosto che una semplice diversa organizzazione del cantiere (come è nello spirito del subcriterio sopra richiamato).

Alla fattispecie che ci occupa deve pertanto essere applicato il tradizionale orientamento giurisprudenziale che ha rilevato come il "discrimine tra una variante inammissibile ed una miglioria ammessa non p(ossa) essere affidato a una autonoma valutazione giudiziale dei bisogni che l'Amministrazione intende soddisfare con l'indizione della procedura di gara, dal momento che le clausole del bando sono di stretta interpretazione e la *lex specialis* vincola non solo i concorrenti ma anche la stazione appaltante, che non ha alcun margine di discrezionalità nella sua concreta attuazione, non potendo disapplicare le regole ivi contenute nemmeno qualora esse risultino formulate in modo inopportuno o incongruo, potendo nel caso, semmai, ricorrere all'autotutela; nell'individuare tale discrimine si deve pertanto far riferimento ai criteri più volte enunciati in giurisprudenza e precisamente: 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" (Cons. Stato sez. V, 15 novembre 2021, n. 7602; T.A.R. Marche, 27 ottobre 2021, n. 758; Cons. Stato sez. V, 3 marzo 2021, n. 1808).

Nel caso di specie, gli atti di gara non prevedevano certamente "aspetti tecnici lasciati aperti" con riferimento ai metodi di realizzazione del ponte ed alle relative soluzioni tecniche e pertanto l'offerta della ricorrente doveva essere esclusa, in quanto non in linea con le prescrizioni e soluzioni tecniche del progetto esecutivo; al di là di ogni considerazione relativa alla necessità o meno di una nuova approvazione del progetto esecutivo (circostanza che viene ad integrare più una conseguenza della radicale diversità del progetto tecnico della ricorrente dal progetto posto a base di gara, che un'autonoma causa di esclusione dalla procedura), risulta del tutto esatta la rilevazione della Stazione appaltante in ordine alla necessità di escludere dalla procedura un'offerta che ha sostanzialmente modificato le lavorazioni previste dal progetto esecutivo, così esercitando uno *ius variandi* non previsto dagli atti di gara.

In questa prospettiva, anche il secondo, terzo e quarto motivo di ricorso devono pertanto essere respinti, risultando evidente come la soluzione proposta dalla ricorrente contemplasse lavorazioni riportabili alla categoria OS21 non previste dalla progettazione esecutiva; il riferimento essenziale a questo proposito non risulta pertanto essere il fatto se il progetto a base di gara prevedesse o meno lavorazioni riportabili alla categoria OS21 (come prospettato dalla ricorrente con il fuorviante secondo motivo di ricorso), quanto la previsione, nell'offerta tecnica della ricorrente, di ulteriori lavorazioni riportabili a quella categoria non previste dal progetto esecutivo ed in grado di modificare aspetti essenziali del progetto (come quelli relativi all'equilibrio statico del terreno di appoggio del ponte) e le scelte in ordine alla classificazione necessaria per eseguire lavori riportabili alla categoria OS21 operate dalla *lex specialis* della procedura e necessariamente modificate dalla necessaria previsione di ulteriori lavorazioni in tale categoria.

Ed in effetti, il rilievo da ultimo effettuato evidenzia, con ancora maggiore forza, l'impossibilità di aderire alla prospettazione di parte ricorrente, risultando evidente come la previsioni di soluzioni tecniche e lavorazioni diverse da quelle previste dalla progettazione esecutiva determini, non solo una modificazione radicale della progettazione sottoposta al quadro autorizzatorio (quella conseguenza espressa dalla Stazione appaltante con il riferimento alla necessità di una nuova approvazione del progetto che, in realtà, non è per nulla prevista dagli atti di gara, perché, sotto questo

aspetto, la disciplina di gara è chiusa ad innovazioni radicali dell'aspetto progettuale), ma anche una modificazione dei requisiti di qualificazione richiesti dagli atti di gara, ovvero la modificazione di uno di quegli aspetti della gara che non possono essere mutati, pena la violazione del principio di *par condicio* dei partecipanti alla procedura.

3. Discorso sostanzialmente analogo anche per il ricorso R.G. n. 1581/2021 e per la relativa serie di motivi aggiunti.

Primo, secondo, terzo e quarto motivo di ricorso si risolvono nella contestazione della competenza del D.R.C. a disporre l'esclusione dalla procedura e pertanto devono essere respinti, sulla base di quanto già rilevato al punto 2 della sentenza, trattandosi di argomentazioni che, sia pure con formulazione più ampia, risultano caratterizzate dalla medesima impostazione dell'analoga censura di cui al primo motivo del ricorso R.G. n. 1527/2021.

La semplice lettura dell'esaustiva motivazione prevista dall'allegato F alla determinazione 2 novembre 2021 n. 19161 evidenzia poi l'impossibilità di aderire alla censura di difetto di motivazione di cui all'ultima parte del quarto motivo di ricorso, risultando del tutto evidenti, sia le ragioni sostanziali dell'esclusione della ricorrente dalla procedura, sia le ragioni che hanno portato il D.R.C. a dissentire dalle apodittiche conclusioni assunte dalla Commissione di gara nella nota del 3 settembre 2021.

Del tutto inutile risulta poi il tentativo di applicare alla fattispecie i principi in materia di valutazione dell'anomalia dell'offerta posto a base del quinto motivo di ricorso, risultando evidente come, in questo caso, il procedimento di valutazione della non anomalia dell'offerta non sia in concreto neanche iniziato, essendosi arrestato il D.R.C. alla rilevazione della non conformità dell'offerta alle previsioni del progetto esecutivo che poi ha portato all'esclusione della ricorrente dalla procedura.

L'indubbia attinenza delle (sostanziali) modificazioni della progettazione esecutiva prospettate dalla ricorrente ai contenuti dell'offerta tecnica rende poi impossibile l'accoglimento del sesto motivo di ricorso, alla luce della previsione di cui all'art. 83, 9° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (che limita l'operatività dell'istituto del soccorso istruttorio alla mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica ed esclude la sanabilità delle "carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto" dell'offerta) e della pacifica giurisprudenza in materia (Cons. Stato sez. III, 26 gennaio 2022, n. 550; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 11 ottobre 2021, n. 10452).

Il settimo motivo di ricorso reca poi il tentativo della ricorrente di giustificare le modificazioni alla progettazione esecutiva previste dalla propria offerta tecnica, alla luce del subcriterio di valutazione dell'offerta tecnica B.1.2, ovvero una censura che ricalca sostanzialmente la strutturazione delle analoghe censure di cui al ricorso R.G. n. 1527/2021; risulta pertanto del tutto sufficiente il richiamo di quanto già argomentato al punto 2.1 della sentenza in ordine alla strutturazione della previsione di cui al subcriterio di valutazione dell'offerta tecnica B.1.2 ed alla conseguenziale impossibilità di riportare a tale limitatissima possibilità di modificare la strutturazione di cantiere una modificazione del progetto esecutivo che, nel caso del ricorso R.G. n. 1581/2021, risulta ancora più evidente e radicale che nel ricorso R.G. n. 1527/2021, toccando alcuni delicati aspetti tecnici (come la profondità degli scavi di bonifica o la suddivisione dell'impalcato del ponte, con le relative saldature) essenziali per l'equilibrio complessivo del progetto esecutivo sotto gli aspetti della sicurezza delle lavorazioni e del manufatto.

L'ottavo motivo di ricorso propone poi una generica contestazione dei contenuti del progetto esecutivo approvato dalla Stazione appaltante, tentando così di giustificare uno *ius variandi* del partecipante alla procedura teso ad ovviare a presunte insufficienze del progetto che, in realtà, non è per nulla previsto dalla *lex specialis* di gara.

Al di là dell'evidente necessità di riferire la contestazione della ricorrente alla disciplina di gara piuttosto che all'operato del D.R.C., risulta pertanto evidente come si tratti di censura molto generica, che implica la cognizione diretta di soluzioni tecniche attinenti al merito della scelta amministrativa (ovvero un sindacato non consentito al Giudice amministrativo in sede di giurisdizione di legittimità) e che, in realtà, viene a risultare non in linea con lo stesso interesse all'aggiudicazione della procedura posto a base della proposizione del ricorso, importando, se accolta, la necessità di rinnovare integralmente la procedura (sulla base di una nuova strutturazione più aperta a soluzioni migliorative aperte anche alle scelte tecniche fondamentali relative alla progettazione del ponte) e non l'aggiudicazione della gara alla ricorrente

Del tutto inutile risulta poi la censura (ad elevato contenuto tecnico) di cui al nono motivo di ricorso, trattandosi di argomentazioni che non modificano ed anzi confermano la rilevazione fondamentale relativa ai "punti di divergenza" della progettazione posta a base dell'offerta della ricorrente rispetto ai contenuti della progettazione esecutiva approvata; il punto centrale non è, infatti, quale delle due soluzioni progettuali sia la migliore (sindacato che, anche in questo caso, trasmoderebbe in una valutazione del merito amministrativo non consentita al Giudice amministrativo), ma se l'offerta della ricorrente si discosti o meno dalla progettazione esecutiva posta a base di gara e su questo punto non possono sussistere dubbi in ordine al fatto che i "quattro aspetti problematici" richiamati dall'allegato F alla determinazione di esclusione vengano ad integrare dei reali punti in cui l'offerta tecnica della ricorrente si è discostata (e di molto) dalla progettazione esecutiva.

Quanto sopra rilevato porta poi al rigetto anche della prima censura di cui ai motivi aggiunti del 19 gennaio 2022 che si esaurisce nella riproposizione, secondo il meccanismo dell'invalidità derivata, delle censure già proposte con il ricorso avverso l'atto di esclusione della ricorrente dalla procedura.

Al di là di ogni considerazione in ordine al difetto di interesse a sollevare la censura una volta respinte le contestazioni proposte dalla ricorrente avverso la propria esclusione dalla procedura, risulta poi evidentemente infondato anche il secondo motivo aggiunto, non avendo la ricorrente neanche specificato quali siano gli aspetti dell'offerta della terza classificata che avrebbero dovuto, in ipotesi, giustificare la sottoposizione anche dell'offerta dell'aggiudicataria alla valutazione del D.R.C. posta in essere con riferimento alle offerte delle due prime classificate.

Le spese seguono la soccombenza e devono essere liquidate, come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li riunisce e li respinge, come da motivazione.

Condanna Eurosaf s.r.l. alla corresponsione a ciascuna delle controparti della somma di € 4.000,00 (quattromila/00), oltre ad IVA e CAP, se dovuti, a titolo di spese del giudizio.

Condanna F.lli Massai s.r.l. alla corresponsione a ciascuna delle controparti della somma di € 4.000,00 (quattromila/00), oltre ad IVA e CAP, se dovuti, a titolo di spese del giudizio.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 11 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Pupilella, Presidente

Luigi Viola, Consigliere, Estensore

Giovanni Ricchiuto, Consigliere

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Luigi Viola	**Roberto Pupilella**