

Publicato il 09/03/2023

N. 02512/2023REG.PROV.COLL.
N. 04144/2022 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 4144 del 2022,
proposto da

Esseti S.r.l. Sistemi e Tecnologie, in proprio e quale mandataria del
costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con le mandanti
Impresa F.lli Massai S.r.l., Bruschi S.r.l., MCI S.r.l., CNP Costruzioni S.r.l., in
persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli
avvocati Alberto Maria Bruni, Fabrizio Garzuglia, Giovanni Ranalli, con
domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

la Regione Toscana, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e
difesa dall'avvocato Luciana Caso, con domicilio digitale come da PEC
Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Sergio
Fienga in Roma, Piazzale delle Belle Arti 8;

nei confronti

della Società Cooperativa Braccianti Riminese, Isofond S.r.l., Zini Elio S.r.l., in
persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli

avvocati Alessandro Paolini, Matteo Bonetti, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

Regione Toscana - Direzione Mobilità Infrastrutture e Trasporto Pubblico Locale Settore Viabilità Regionale Ambiti Arezzo Siena e Grosseto, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), 19 aprile 2022, n. 526, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Toscana, di Società Cooperativa Braccianti Riminese, di Isofond S.r.l. e di Zini Elio S.r.l.;

Visto il dispositivo di sentenza n. 9867 del 10 novembre 2022;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 novembre 2022 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Garzuglia, anche in sostituzione dell'avvocato Ranalli, Trevisan, in delega dell'avvocato Caso, Bonetti e Paolini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il costituendo raggruppamento temporaneo di imprese tra la capogruppo mandataria Esseti S.r.l Sistemi e Tecnologie e le altre imprese indicate in epigrafe (di seguito *RTI Esseti* o *Esseti*), il quale aveva partecipato alla procedura di gara indetta, con decreto dirigenziale n. 9130 del 27 maggio 2020, dalla Regione Toscana per l'affidamento dei *“Lavori di realizzazione della Variante alla S.R.T. 71 nel tratto compreso tra Subbiano nord e la loc. Calbenzano – LOTTO 1”*, del valore di € 9.689.403,88 e da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ha impugnato innanzi al TAR per la Toscana il decreto dirigenziale regionale n. 18583 datato 22 ottobre 2021, comunicato in data 26 ottobre 2021, con il quale è stata disposta la sua

esclusione dalla gara e la contestuale aggiudicazione definitiva in favore del RTI controinteressato, con mandataria la società cooperativa Braccianti Riminese (di seguito, per brevità, “RTI Braccianti”), in uno ad ogni altro atto presupposto, consequenziale e comunque connesso, ivi inclusi, per quanto occorrer possa, la legge di gara e il progetto esecutivo, se dovessero *“consentire l’esclusione di offerte tecniche recanti proposte migliorative afferenti l’organizzazione del cantiere come proposto dalla ricorrente nella relazione concernente il sub criterio B.1.1.a.”*.

1.1. In particolare, il r.t.i. ricorrente, che aveva ottenuto all’esito delle valutazioni delle offerte il miglior punteggio complessivo (92,340 punti), collocandosi davanti al raggruppamento controinteressato (secondo classificato con 89,237 punti), esponeva di essere stato escluso dalla gara dopo l’avvio del procedimento di anomalia ex art. 97 del D.Lgs. n. 50 del 2016 in quanto si asseriva che l’offerta del RTI *“propone, nell’ambito del criterio B.1.1.a., lavori che comportano una nuova approvazione del progetto esecutivo”*.

1.2. A sostegno del gravame il RTI Esseti lamentava:

- violazione del principio di partecipazione e del contraddittorio correlato agli articoli 97 e 83 del D.Lgs. n. 50/2016 (I° e II° motivi di ricorso);
- violazione della *lex specialis* di gara in relazione alla mancanza dei presupposti per comminare l’esclusione dell’offerta tecnica (III° motivo di ricorso);
- violazione del disciplinare, del codice degli appalti artt. 31 e 77 in relazione all’incompetenza del RUP sulla (ri)valutazione delle offerte tecniche riservata alla Commissione (IV° e V° motivi di ricorso);
- violazione del disciplinare di gara e dei principi afferenti la connotazione delle migliorie nell’ambito di procedure ove l’Amministrazione prevede il criterio dell’offerta economica più vantaggiosa (VI° motivo di ricorso);
- violazione del disciplinare art. b.1.1.a, difetto ed illogicità della motivazione rispetto alla stessa progettazione, travisamento (VII° motivo di ricorso).

1.3. In sintesi, secondo il RTI ricorrente, la difformità progettuale posta a fondamento dell’esclusione- e cioè la proposta migliorativa, formulata nell’ambito del criterio B.1.1.a., di trattamento direttamente in cantiere delle

rocce da scavo e dei materiali di demolizione, che avrebbe previsto lavorazioni contrastanti con le previsioni del progetto esecutivo e tali da comportarne la sua riapprovazione- sarebbe stata illegittimamente rilevata soltanto nel corso della verifica di anomalia dal RUP, il quale aveva effettuato una nuova valutazione tipicamente discrezionale sulla “accettabilità” dei contenuti dell’offerta tecnica, spettante invece alla Commissione, così invadendo ambiti e competenze a quest’ultima riservati, per giunta senza previamente acquisire dall’impresa i giustificativi o richiedere chiarimenti e in assenza anche di una causa di esclusione predeterminata dal disciplinare di gara.

Inoltre, la proposta formulata in offerta, di trattamento in cantiere delle rocce da scavo e dei materiali di demolizione, non avrebbe costituito una variante incidente sugli elementi identificativi dei lavori, afferendo invece soltanto all’ottimale organizzazione degli stessi, al fine di mitigare l’impatto esterno della attività di cantiere; il tutto nell’ambito di quanto consentito dal criterio B.1.1.a e dall’art. 7 del disciplinare che ammetteva adeguamenti del progetto nella fase successiva all’aggiudicazione e in linea con quanto insito nel criterio di aggiudicazione prescelto - dell’offerta economicamente più vantaggiosa- che consente di proporre variazioni migliorative del progetto esecutivo a base di gara, in vista di una effettiva competizione tecnica tra gli operatori concorrenti.

Ad ogni modo, in disparte l’incompetenza del RUP, la Commissione di gara, che era stata dal primo interpellata, aveva anche valutato come ammissibile la proposta migliorativa presentata dall’ATI Esseti, nell’ esercizio del potere (di decretare l’“accettabilità” dell’offerta presentata) ad essa riservato dal disciplinare di gara.

1.4. Su queste basi, il RTI ricorrente domandava che venisse accertato il suo diritto all’aggiudicazione dei lavori e a subentrare nell’esecuzione dell’appalto, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente *medio tempore* stipulato con il controinteressato.

1.5. Con ordinanza n. 1144/2022 il Consiglio di Stato accoglieva l'appello cautelare ai fini del mantenimento della *res adhuc in integra* fino all'udienza di merito innanzi al TAR, rilevando la necessità di valutare *“se la soluzione proposta dalla concorrente in gara per quanto concerne la gestione delle rocce e terre da scavo costituisca mera miglioria rispetto ad ipotesi alternative già contemplate dalla lex specialis di gara ovvero inammissibile variante dell'offerta tecnica (in quanto comportante la necessaria riapprovazione del progetto esecutivo)”*.

2. Il giudizio di primo grado è stato definito con la sentenza n. 526 del 19 aprile 2022 che, nella resistenza della Regione e del RTI controinteressato, ha respinto il ricorso e condannato il RTI Esseti alla rifusione delle spese di giudizio.

3. In sintesi, la sentenza di primo grado ha ritenuto:

a) infondati i primi due motivi con cui si era lamentata la violazione del principio del contraddittorio procedimentale: al riguardo ha evidenziato che i rilievi del RUP, sebbene originatisi in sede di verifica di anomalia, nulla avevano a che vedere con il giudizio di congruità dell'offerta, incentrandosi piuttosto sulla difformità dell'offerta tecnica rispetto alle previsioni del progetto messo a gara, e che, inoltre, ulteriori chiarimenti da parte della concorrente sarebbero stati comunque ultronei in quanto il RUP non nutriva alcun dubbio in ordine alle riscontrate difformità dal progetto approvato; né sarebbe stato ipotizzabile un soccorso istruttorio procedimentale che consentisse all'impresa di modificare i termini della propria proposta progettuale;

b) infondati il quarto e il quinto motivo con cui si lamentava il difetto di competenza del RUP e l'invasione di compiti spettanti alla Commissione (sulla valutazione di *“accettabilità dell'offerta”*): a tale riguardo ha rilevato che il provvedimento di esclusione dalla gara è di pertinenza della Stazione appaltante e non della Commissione alla quale la legge di gara ben può demandare ulteriori compiti, di mero supporto ed ausilio al RUP (Cons. Stato, sez. VI, 8 novembre 2021, n.7419), senza però che l'invocata disposizione del

disciplinare (che rimetteva alla Commissione la valutazione sull'accettabilità dell'offerta tecnica) valga a sottrarre alla stazione appaltante il potere di decidere sulla non conformità dell'offerta stessa al progetto esecutivo approvato e, quindi, a precludere, in caso di vaglio positivo dell'organo valutatore, un successivo diverso accertamento ad opera del RUP;

c) del pari non meritevoli di accoglimento le censure "sostanziali" (dedotte con il terzo, sesto e settimo motivo) sulla configurabilità di una mera proposta migliorativa afferente all'organizzazione dei lavori, ritenendo qui invece ricorrente una ipotesi di variante inammissibile (Cons. Stato, sez. V, 15 novembre 2021, n. 7602): ciò sul rilievo per cui le menzionate prescrizioni progettuali, che in materia di gestione delle terre e rocce da scavo avevano prescelto la seconda soluzione (ovvero il trasporto dei materiali per il conferimento in impianti di recupero inerti) tra le due opzioni percorribili secondo la "Relazione di cantierizzazione", avrebbero valore vincolante, attenendo ad aspetti concernenti i contenuti tipici del progetto definitivo ed esecutivo, cui le concorrenti sono tenute a conformarsi, con la conseguenza che non sarebbe stato qui "ipotizzabile uno scostamento rispetto alle scelte progettuali compiute in relazione a tali materie facendo leva sull'istituto delle migliorie".

4. Avverso tali statuizioni di primo grado la ricorrente Esseti ha proposto appello, deducendone l'erroneità e domandandone la riforma per i seguenti motivi:

I. Error in iudicando. Violazione dell'art. 97 del D.lgs. n. 50 del 2016. Violazione dei principi di correttezza, trasparenza, imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) e del giusto procedimento. Violazione della lex specialis di gara. Illogicità della motivazione;

II. Error in iudicando. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 e 83 del D.lgs. n. 50/2016. Erroneità ed illogicità della decisione;

III. Error in iudicando. 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. Violazione del disciplinare di gara. Erroneità, illogicità della motivazione;

IV. Violazione e falsa applicazione degli artt. 23, 26, 95, D.lgs. n. 50 del 2016. Violazione del punto B.1.1.a) del Disciplinare di gara. Difetto ed illogicità della motivazione. Omessa valutazione di fatti decisivi per il giudizio.”

4.1. Si sono costituite in resistenza la Regione e la controinteressata, che hanno insistito per il rigetto dell'appello.

4.2. Abbinata al merito sull'accordo delle parti l'istanza cautelare, all'udienza pubblica del 3 novembre 2022, la causa è passata in decisione.

DIRITTO

5. I motivi di appello avverso la sentenza possono essere così sintetizzati.

5.1. Con il primo motivo l'appellante contesta la sentenza nella parte in cui ha respinto le censure di violazione del contraddittorio procedimentale per la mancata partecipazione dell'impresa al procedimento di verifica dell'anomalia nel cui contesto il RUP, anziché valutare la complessiva affidabilità dell'offerta, aveva rilevato soltanto in via postuma l'inammissibilità dell'offerta tecnica, ponendo però a base della esclusione anche una asserita incongruità della proposta relativa alla *“gestione dei materiali”* rispetto alla lista delle categorie allegata all'offerta economica, non modificata dall'appellante alle corrispondenti voci di elenco prezzi (cfr. pag. 3 penultimo capoverso della relazione del RUP del 21 ottobre 2021, Allegato D al decreto di esclusione, anch'essa oggetto di impugnativa); non era poi vero che il Rup non nutrisse dubbi sulla difformità progettuale, tant'è che aveva richiesto lumi a riguardo alla Commissione di gara.

5.2. Con il secondo motivo di appello si ripropone in sostanza la censura di mancata previa attivazione del soccorso procedimentale da parte della stazione appaltante, sostenendo che la sentenza l'avrebbe erroneamente respinta, sebbene qui non si tratterebbe di colmare un'offerta *ab origine* sostanzialmente inadeguata, modificando i termini della proposta progettuale, come ritenuto dal primo giudice, ma soltanto di utilizzare i chiarimenti per interpretare l'offerta, ricercando l'effettiva volontà dell'impresa partecipante e superandone le eventuali ambiguità in uno spirito di leale collaborazione

(come già affermato da Cons. Stato, Sez. III, 9 febbraio 2021, n. 1225; Sez. V, 27 gennaio 2020, n. 680), nel rispetto dei principi del giusto procedimento e della massima partecipazione cui è ispirata la disciplina in materia di gare pubbliche.

5.3. Con il terzo motivo l'appellante è tornata a censurare la violazione della ripartizione delle competenze nelle procedure evidenziali, criticando la sentenza laddove ha respinto tali doglianze (articolate, sotto molteplici profili, al quarto e al quinto motivo di ricorso), con cui si lamentava che il RUP avrebbe invaso ambiti propri della Commissione di gara alla quale sono riservate le attività di qualificazione e valutazione delle proposte progettuali, anche ai fini della loro riconduzione nell'ambito delle varianti o migliorie.

Il RUP si sarebbe, infatti, illegittimamente sostituito alla Commissione (la quale aveva già decretato l'ammissibilità dell'offerta e attribuito i relativi punteggi), sovrapponendosi a quest'ultima in una (nuova) valutazione tipicamente discrezionale sui contenuti dell'offerta tecnica dell'appellante.

5.4. Con il quarto motivo l'appello contesta le statuizioni della sentenza che hanno rigettato come infondati il terzo, il sesto e il settimo motivo di ricorso, esaminati congiuntamente, ritenendo qui configurabile una variante inammissibile in luogo di una proposta migliorativa, perché a suo avviso la soluzione *de qua* per il trattamento delle rocce da scavo e dei materiali di demolizione costituirebbe una variazione essenziale e non ammessa del progetto esecutivo (tanto da determinarne la necessità di una nuova approvazione).

In particolare, il Tribunale non si sarebbe avveduto che le uniche proposte "*non accettabili*" in base alla legge di gara erano quelle relative al "tappeto d'usura" e che la proposta *de qua*, non riguardando tale aspetto, non era suscettibile di esclusione, configurando, invece, una mera miglioria concernente la gestione delle terre e rocce da scavo (che prevedeva di trattare nell'area di cantiere, installandovi un proprio impianto mobile di recupero, per reimpiegarli immediatamente in ciclo continuo nella realizzazione di rilevati

stradali e dei rinterri), senza alcuno scostamento rispetto al progetto esecutivo.

Né alcun rilievo, per sostenere la tesi opposta, potrebbe darsi al fatto che, delle due soluzioni su indicate, la Regione avrebbe infine sviluppato nel progetto definitivo solo la soluzione B (quella, cioè, che prevedeva il conferimento dei materiali in un apposito impianto di trattamento), ritenendo, allo stato, non percorribile la soluzione A (ossia quello del loro riutilizzo nei rilevati stradali).

Neppure il parere di ARPAT vincolerebbe poi l'amministrazione nel senso indicato dalla sentenza appellata: infatti la soluzione ivi reputata preferibile era sempre quella sub A, che contemplava le campagne di recupero mediante impianti mobili.

Inoltre, l'alternativa sub B indicata dal progetto esecutivo per il riutilizzo dei materiali da scavo nella formazione dei rilevati sarebbe in concreto irrealizzabile, considerato che, come accertato dal RTI appellante con apposita indagine esplorativa, quasi tutti gli impianti di trattamento e recupero inerti individuati dalla Regione nel progetto esecutivo non sarebbero idonei siccome non abilitati a ricevere quella tipologia di rifiuti previsti dalla *lex specialis* ovvero perché abilitati a riceverne soltanto un quantitativo limitato, e non già la volumetria risultante (66.000 mc), mentre l'unico impianto idoneo dei sei individuati nel progetto per il conferimento di terre e rocce da scavo come rifiuti sarebbe quello sito nel Comune di Terranuova Bracciolini (AR) ad una distanza di ben 67 km dall'area di cantiere; a ciò si aggiunga che anche il progetto esecutivo non ha poi previsto gli oneri di conferimento agli impianti di recupero del materiale di scavo trattato come rifiuto speciale con quel determinato codice CER.

Il primo giudice non avrebbe poi neanche considerato che il Piano di gestione ambientale del cantiere prescriveva l'espletamento di valutazioni tecniche per sviluppare soluzioni atte a minimizzare l'impatto del cantiere e che si tratterebbe comunque di profili esecutivi che ben possono essere specificati

dall'appaltatore prima dell'inizio dei lavori: insomma, secondo l'appellante, la proposta migliorativa in questione non configurerebbe una inammissibile variante sostanziale del progetto esecutivo.

6. L'appello è fondato.

7. In particolare, sono fondati in via assorbente il terzo e il quarto motivo di appello.

7.1. Come evidenziato, l'esclusione del RTI appellante è stata disposta per la ritenuta non ammissibilità dell'offerta tecnica con riguardo al profilo relativo alla gestione delle rocce e terre da scavo.

7.2. Occorre anzitutto richiamare le previsioni della legge di gara di interesse per la decisione della causa.

7.2.1. In particolare, il Disciplinare di gara ha previsto, tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica, il criterio B.1.1.a *“Sviluppo e svolgimento dei lavori... l'organizzazione delle fasi di lavoro”*, prevedendo con riferimento allo specifico profilo in esame due ipotesi alternative, ovvero:

- l'ipotesi A), del riutilizzo per la realizzazione dei rilevati: le terre e rocce da scavo verrebbero trasportate dal cantiere dei lavori in oggetto ad un altro distante circa 16 km più a nord (precisamente in località Corsalone), dove, *“ipotizzando l'allestimento di idonei piazzali di stoccaggio e di un impianto mobile per il recupero dei rifiuti autorizzato ai sensi dell'art. 208 del d.lgs. 152/2006, potrebbero essere riutilizzate per la realizzazione dei rilevati in entrambi i cantieri”*, con l'ulteriore possibilità di trattare, sempre con il suddetto impianto, *“anche materiali provenienti dalle demolizioni”*;

- l'ipotesi B, che contempla il trasporto e il conferimento delle terre e rocce da scavo in appositi impianti di recupero inerti, per essere ivi trattati con possibilità di riutilizzo del materiale riciclato in uno degli impianti indicati nel progetto (così che *“il fabbisogno di materie per la formazione di rilevati presupporrebbe l'utilizzo di materiali riciclati provenienti da attività di recupero di materiali da demolizione, conformi alla tabella A1 della norma UNI 11531”*).

7.2.2. Inoltre, il disciplinare ha espressamente previsto la possibilità di formulare proposte migliorative con riferimento al sub criterio B.1.1.a, avvertendo però i concorrenti che *“non saranno ritenute accettabili offerte peggiorative, incompatibili con il progetto esecutivo o che non rispettino i requisiti minimi previsti nel Capitolato Speciale di Appalto – Norme Tecniche, né soluzioni che alterino l’architettura delle singole strutture o dell’opera nel suo insieme, o la posizione, la forma e gli ingombri delle singole opere o parti di esse. Non saranno altresì ritenute accettabili proposte che comportino una nuova approvazione del progetto esecutivo o siano carenti di giustificativi sufficienti a valutare la miglioria offerta.”* (cfr. pag. 21 del disciplinare di gara).

7.2.3. Parimenti, il Progetto esecutivo posto a base di gara, elaborato 10.03.02- *“Cantierizzazione- Piano Gestione ambientale cantiere”*:

- ha stabilito (cfr. pag. 6) che *“l’impresa appaltatrice, prima dell’avvio dei lavori, dovrà predisporre il Piano Ambientale di Cantierizzazione, da trasmettere alla Committenza”*, nel quale dovranno essere riportate le seguenti informazioni: *“la distribuzione interna dell’area di cantiere; - la localizzazione e la dimensione dei luoghi di deposito delle materie prime e rifiuti;... - la localizzazione e la dimensione degli impianti fissi di lavoro; la descrizione precisa per dimensionamento e modalità di gestione degli impianti di trattamento e smaltimento controllato degli inquinanti provenienti dalle diverse lavorazioni; la tipologia dei rifiuti prodotti e la loro gestione (deposito e/o stoccaggio, recupero e/o smaltimento)”*; oltre che una valutazione tecnica che *“sviluppi soluzioni atte a minimizzare l’impatto associato alle attività di cantiere (...) in particolare per quanto riguarda le emissioni di polveri, l’inquinamento acustico e l’inquinamento delle risorse idriche e del suolo”*;

- ha analizzato (cfr. pag. 18) le due (possibili) soluzioni alternative di gestione delle terre e rocce da scavo, ovvero: - l’alternativa A, che prevede il riutilizzo in un altro lavoro posto più a nord, oltre al riutilizzo nel medesimo cantiere di produzione dei materiali escavati ma lavorati nel cantiere posto più a nord; - l’alternativa B, che prevede il conferimento a discarica/piattaforma delle terre e rocce da scavo, considerandole come rifiuto con codice CER 170504.

7.3. In conclusione, sia il disciplinare che il progetto esecutivo contemplavano, quale specifica alternativa possibile (sub A), il riutilizzo delle terre e rocce da scavo, preventivamente trasportate come rifiuto in un cantiere posto poco più a nord per essere poi trattate con una campagna mobile e riutilizzate nello stesso cantiere di produzione, dando altresì la possibilità all'impresa appaltatrice di specificare, solo prima dell'inizio dei lavori, attraverso l'apposito Piano Ambientale di Cantierizzazione, come gestire e trattare i "rifiuti" prodotti, eventualmente anche mediante il loro recupero.

7.3.1. Pertanto, contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza appellata, la proposta del RTI Esseti quanto alla gestione delle rocce e terre da scavo- ovvero di *"trattare il materiale derivante da demolizioni e scavi su roccia con un impianto di frantumazione da installare nel Cantiere Base per poi utilizzare il materiale trattato nei lavori"* in modo da mitigare l'impatto ambientale dell'opera e limitare il traffico di mezzi pesanti sulla viabilità- si configura come miglioria in relazione al richiamato criterio B.1.1.a. *"Sviluppo e svolgimento dei lavori... organizzazione delle fasi di lavoro"*, impostata sulla soluzione A indicata dalla legge di gara, e non costituisce uno scostamento rispetto al progetto esecutivo.

7.4. Infatti, entrambe le soluzioni- quella del trattamento del materiale per il successivo riutilizzo nei lavori e quella del suo trasporto ad impianto di conferimento- erano state poste a gara: in un siffatto contesto il raggruppamento appellante ha così proposto una miglioria conforme alla soluzione A esplicitata nel criterio B.1.1.a., al fine di evitare trasporti in uscita e in ingresso del materiale di risulta e quindi *"abbattere il loro impatto in termini di traffico e di emissioni"*, limitando *"i viaggi richiesti ai mezzi di trasporto... alle tratte comprese tra le aree interessate dai lavori e il cantiere base, senza interessare i tratti di viabilità esterni"* (cfr. relazione illustrativa dell'offerta tecnica del RTI Esseti sub criterio B.1.1.a) *"organizzazione delle fasi dei lavori"* pag. 7).

7.4.1. A tale proposito, il r.t.i. Esseti, dopo aver previsto l'allestimento del cantiere base con le modalità e la posizione previste in progetto, ha precisato che *"le compagini dell'A.T.I. dispongono di frantoi mobili autorizzati al trattamento di*

rifiuti quali materiali da costruzione e di risulta delle demolizioni (CER 170904), terre e rocce da scavo (CER 170504) e materiale fresato (CER 170302)” e che “oltre a tale impianto, l’A.T.I. dispone di un impianto Bertoli mobile per il recupero del fresato e la produzione di misto cementato e miscele riciclate a freddo, che sarà anch’esso installato nel Cantiere Base sempre allo scopo di ridurre i viaggi per il conferimento e l’approvvigionamento” (cfr. relazione illustrativa dell’offerta tecnica del RTI Esseti sub criterio B.1.1.a) “organizzazione delle fasi dei lavori” pag. 7- punto 2 “proposte migliorative inerenti al recupero dei materiali”).

7.5. Pertanto, come rilevato dall’appellante, tale soluzione, limitandosi a una più snella organizzazione delle fasi lavorative previste nell’ambito di una delle due modalità alternative (quella sub a), non stravolge radicalmente il progetto e non determina la necessità di una sua nuova approvazione: infatti, la legge di gara e il progetto esecutivo hanno consentito il trattamento in cantiere delle terre e rocce da scavo ai fini del loro successivo riutilizzo.

7.5.1. In sostanza la proposta dell’odierna appellante, formulata sulla base di apposita indagine esplorativa (dalla quale era emerso che gli impianti di recupero inerti individuati dalla Regione nel progetto esecutivo risulterebbero inadeguati, in quanto non abilitati a ricevere e trattare i materiali di risulta degli scavi previsti dalla *lex specialis* o comunque a ricevere la volumetria risultante), si configura come miglioria rispetto alla soluzione sub A: si è previsto, infatti, di trattare nell’area di cantiere, mediante un proprio impianto mobile di recupero *in loco* e secondo un’attività operativa rientrante nella normale pratica industriale, gli stessi materiali di risulta degli scavi di rocce e terra per reimpiegarli immediatamente in ciclo continuo nella realizzazione dei rilevati stradali e dei rinterri.

7.5.2. In particolare, a seconda delle caratteristiche geotecniche dei terreni di risulta, la proposta migliorativa formulata dall’ATI Esseti ha previsto diverse soluzioni, ovvero:

a) la frantumazione, vagliatura e miscelazione degli inerti di grossa pezzatura e dei materiali di risulta degli scavi di roccia da effettuarsi con appositi frantoi

mobili in un'apposita area di cantiere;

b) la stabilizzazione a calce dei terreni di risulta, a prevalente componente fine, previo allestimento di appositi campi-prova;

c) l'eventuale stabilizzazione a cemento, quando necessaria, dei terreni non idonei per la stabilizzazione a calce, ovvero alla produzione di misto cementato.

7.6. Tale soluzione, migliorativa della soluzione A posta a base di gara, perché volta a risolvere criticità relative all'inidoneità degli impianti di recupero individuati dalla Regione e ad abbattere l'impatto prodotto dal trasporto degli inerti in conseguenza del continuo flusso di camion sia in termini di traffico che di polveri e inquinamento acustico (cfr. relazione illustrativa dell'offerta tecnica di Esseti), era stata quindi ritenuta ammissibile dalla Commissione giudicatrice, che, nel valutare l'offerta tecnica dell'appellante, aveva anzi giudicato positivamente la migliorata offerta in relazione al sub criterio B.1.1.a) *“organizzazione delle fasi di lavoro”*, attribuendole 7,950 punti sui 10 previsti sulla base della seguente testuale motivazione: *“Viene presentata una proposta articolata delle fasi di lavoro. Viene descritta in maniera approfondita la modalità di mitigazione degli impatti ambientali dovuti al cantiere, con particolare riferimento al rumore e alla propagazione delle polveri. Viene proposto un miglioramento del controllo dei materiali e delle lavorazioni in termini: incremento, tipologia, modalità e tempistiche rispetto a quanto previsto nella documentazione progettuale di gara”* (cfr. verbale 6/2021 pag. 2 e tabella allegata).

7.6.1. In seguito, la Commissione, nel fornire i chiarimenti richiesti dal Rup (con nota del 22 luglio 2021) in merito alla valutazione dell'offerta tecnica riferita al sub criterio B.1.1.a, ha confermato le proprie valutazioni, non ravvisando *“elementi che conducano a ritenere l'offerta non accettabile secondo quanto specificamente e dettagliatamente definito nel Disciplinare di Gara”* (si veda relazione prot. n. 0363537 del 20 settembre 2021), e ha ritenuto altresì che, quanto agli elementi dell'offerta economica, la lista delle categorie presentata dal RTI appellante *“non ha operato alcuna modifica né qualitativa, con inserimento di nuove voci*

di prezzo per le lavorazioni variate, né quantitativa, provvedendo pertanto a considerare le lavorazioni previste in sede di progetto esecutivo, rendendo comunque applicabile quanto ivi previsto”.

7.6.2. Ciò nonostante, il RUP ha escluso il r.t.i. appellante, concludendo per l'inammissibilità della sua offerta tecnica relativamente alla gestione delle terre e rocce da scavo e dei materiali di demolizione in quanto *“modifica l'impostazione del progetto che ha caratterizzato l'iter di approvazione”* (cfr. relazione del 21 ottobre 2021, Allegato D al Decreto di esclusione): così facendo, il RUP ha però sostanzialmente riesaminato l'operato della Commissione (la quale si era già positivamente espressa sui medesimi aspetti, ritenendo che la miglioria proposta attenesse alla organizzazione dei lavori e consentisse la mitigazione dell'impatto ambientale), sindacandone nel merito le valutazioni discrezionali sui contenuti tipici dell'offerta tecnica del RTI appellante e sovrapponendo ad esse il proprio giudizio di mero soggettivo dissenso.

7.6.3. In particolare, il RUP, senza puntualmente dimostrare che la miglioria offerta comportasse la necessaria riapprovazione del progetto e non, come invece sostiene l'appellante, una mera autorizzazione all'impresa in fase di esecuzione dei lavori (vista anche la mancanza su questi temi di un effettivo e leale confronto procedimentale con l'impresa interessata), ha rilevato come *“il progetto si è sviluppato secondo una diversa impostazione che è quella del trasporto di tutto il materiale proveniente da attività di scavo e demolizione al centro di recupero autorizzato”*, trascurando così del tutto l'alternativa a), pur prevista dalla stessa legge di gara, ovvero il trattamento dei rifiuti mediante impianto mobile collocato in piazzali di stoccaggio temporaneo in un cantiere poco più a nord, e, quindi, non considerando che era la stessa legge di gara a non escludere la possibilità di depositi temporanei del materiale di risulta (cfr. anche a tale riguardo layout di cantiere del progetto a base di gara elaborato 10.02.01 _Rev.00 _Cantiere di base- documento 4 depositato il 12.10.2022- ove è riportata un'area destinata al deposito di materiale che coincide con l'area

individuata dalla Esseti nella proposta migliorativa come spazio adibito a deposito temporaneo per il trattamento dei materiali).

7.6.4. Inoltre, non trova riscontro nel parere di ARPAT l'affermazione della sentenza secondo cui la soluzione per il trattamento delle rocce da scavo (conferimento ad impianti predeterminati dall'Amministrazione) corrispondente all'ipotesi B sarebbe stata quella scelta dall'Amministrazione *"in accoglimento dei rilievi formulati dall'ARPAT"*: dall'esame del parere (pag. 2 del documento depositato in primo grado dalla Regione) emerge, invece, che la soluzione progettuale preferibile per la gestione dei materiali da demolizione e inerti derivanti dal recupero è stata individuata nelle *"campagne di recupero mediante impianti mobili in sito"*; sicché il parere richiamato dalla sentenza appellata non precludeva la possibilità di gestire terre e rocce da scavo nell'area di cantiere, reputandola anzi l'alternativa preferibile proprio nell'ottica di *"una ottimizzazione complessiva costi benefici tecnico economica ed ambientale"* (pag. 2 del parere).

7.6.5. Sotto altro concorrente profilo, l'appellante ha poi anche correttamente censurato (con il primo motivo di gravame) che le ravvisate difformità progettuali, quanto ai contenuti della miglioria relativa al sub criterio B.1.1.a., sono state rilevate dal RUP in sede di verifica di anomalia dell'offerta, che è volta al concreto apprezzamento dell'adeguatezza dell'offerta nella sua globalità, ivi inclusi i contenuti dell'offerta tecnica e la valutazione di eventuali difformità, senza tuttavia attivare il contraddittorio procedimentale ai sensi dell'art. 97, comma 5, del D.lgs. n. 50 del 2016 con l'operatore interessato, consentendogli di parteciparvi e fornire i chiarimenti sugli aspetti ritenuti sintomatici di anomalia anche in relazione ai profili di inammissibilità dell'offerta tecnica: e ciò sebbene la relazione del RUP del 21 ottobre 2021, costituente l'allegato D al provvedimento di esclusione, evidenziasse anche un'asserita incongruità della proposta relativa alla *"gestione dei materiali"* rispetto alla lista delle categorie allegata all'offerta economica, non modificata

dall'appellante alle corrispondenti voci di elenco prezzi, in tal modo valutando un elemento progettuale difforme anche per il suo aspetto economico.

Né tale carenza può dirsi nella specie colmata dall'asserita certezza raggiunta dal RUP *“in ordine all'univoco significato della offerta ed alla sua difformità rispetto al progetto approvato”*: circostanza questa che va anzi esclusa in punto di fatto, tant'è che, come evidenziato, lo stesso RUP, con nota del 22 luglio 2021, chiedeva chiarimenti alla Commissione sull'esistenza di difformità rispetto al progetto approvato.

7.6.6. Da quanto finora detto consegue che le valutazioni della Commissione, la quale ha ritenuto che la miglior offerta attenesse all'organizzazione delle fasi dei lavori (cfr. relazione della Commissione del 20 settembre 2021), senza contemplare ulteriori lavorazioni né necessitare della riapprovazione del progetto esecutivo, sono legittime perché conformi ai principi del *favor participationis* e di tassatività delle cause di esclusione nonché alle previsioni della legge di gara, che richiedeva, nell'ambito di quel criterio di valutazione, la riduzione degli effetti negativi del cantiere in termini ambientali, non risultando perciò inficiate da profili di erroneità manifesta, illogicità e irragionevolezza.

7.6.7. Infatti la soluzione proposta dal r.t.i. Esseti quanto alla gestione delle terre e rocce da scavo non configura una variante inammissibile perché non implica variazioni strutturali all'opera oggetto del progetto esecutivo: la legge di gara e il progetto esecutivo prevedevano già la soluzione del trattamento in un cantiere, se pure spostato poco più a nord, e la soluzione della Esseti consente la gestione delle terre e rocce da scavo, *“mitigando”* l'impatto ambientale dei mezzi (*id est*: limitando i viaggi ad essi richiesti per il trasporto dei materiali ad altro cantiere o ad impianto di conferimento, in modo da sgravare la viabilità stradale dei trasporti in ingresso e in uscita, con apprezzabili benefici *“in termini di impatto sul traffico e di emissioni inquinanti in atmosfera”*: cfr. relazione illustrativa dell'offerta tecnica, laddove si evidenzia che *“al fine di ridurre gli impatti sulla viabilità pubblica e privata, sulle attività*

economiche afferenti alle zone attraversate dalla SRT n°71 e, più in generale, sulla popolazione, l'ATI propone alcune modifiche alle fasi e sottofasi previste in progetto, come di seguito riportato in ordine cronologico" e come schematizzato nelle schede e nel cronoprogramma allegato), risultando in questo senso migliorativa rispetto alle previsioni progettuali a base di gara.

7.6.8. Inoltre, come rilevato, la stazione appaltante ha stabilito che *"l'impresa appaltatrice, prima dell'avvio dei lavori, dovrà predisporre il Piano Ambientale di Cantierizzazione, da trasmettere alla Committenza"*, nel quale dovranno essere riportate, tra le altre informazioni, *"la tipologia dei rifiuti prodotti e la loro gestione (deposito e/o stoccaggio, recupero e/o smaltimento)"*, oltre ad una valutazione tecnica che *"sviluppi soluzioni atte a minimizzare l'impatto associato alle attività di cantiere (...) in particolare per quanto riguarda le emissioni di polveri, l'inquinamento acustico e l'inquinamento delle risorse idriche e del suolo"*.

7.6.9. Di conseguenza, acclarato che la soluzione proposta dal r.t.i. appellante non configura variante sostanziale inammissibile, come già correttamente ritenuto dalla Commissione di gara, attenendo alla mera complessiva organizzazione delle fasi dei lavori, vengono per il resto in rilievo meri profili esecutivi che ben potranno trovare adeguata specificazione nell'ambito del Piano ambientale di Cantierizzazione da predisporre a cura dell'impresa appaltatrice prima dell'avvio dei lavori.

Difatti la stessa relazione illustrativa dell'offerta tecnica dell'ATI Esseti, in linea con quanto stabilito dalla *lex specialis*, ha demandato all'apposito Piano ambientale di cantierizzazione, da redigere a cura del responsabile del sistema di gestione ambientale della mandataria, di *"esplicitare l'organizzazione di cantiere, il programma dei lavori e i mezzi/attrezzature effettivamente impiegati"*, nonché di indicare, nella relazione descrittiva e nei relativi elaborati grafici ivi contenuti, *"la tipologia e le modalità di gestione dei rifiuti"* e *"le soluzioni atte a minimizzare l'impatto delle attività di cantiere"*, in termini di inquinamento e di emissioni di polveri.

7.7. Sono poi fondate anche le doglianze formulate con il terzo motivo di appello: spettava, infatti, alla Commissione di gara valutare l'accettabilità delle proposte e verificare se queste fossero migliorie ammesse o varianti non consentite rispetto al progetto esecutivo, trasmodando i limiti delle prime e sconfinando nelle seconde.

Infatti, secondo il disciplinare di gara (cfr. disciplinare di gara pag. 22 laddove ha previsto che *“Nel caso in cui l’offerta non sia ritenuta accettabile dalla Commissione giudicatrice non si procederà all’apertura della relativa offerta economica ed il concorrente sarà escluso dalla gara”*), la valutazione sull'accettabilità dell'offerta tecnica è di competenza della Commissione giudicatrice, alla quale la *lex specialis*, in conformità all'art. 77 del D.Lgs. n. 50 del 2016, ha espressamente riservato le seguenti competenze:

- apertura delle offerte tecniche e verifica della regolarità formale e consistenza delle stesse;
- esclusione di eventuali offerte tecniche irregolari;
- valutazione delle offerte tecniche dei soggetti abilitati sulla base dei criteri stabiliti al paragrafo *“Valutazione delle offerte: attribuzione dei punteggi”* del Disciplinare di gara.

7.7.1. Pertanto, sebbene la Commissione, in base a quanto stabilito dal disciplinare di gara, avesse già positivamente valutato i contenuti nell'offerta tecnica dell'ATI appellante, giudicandola congrua e ammissibile anche con riguardo alla natura migliorativa della proposta formulata e alla conformità della stessa ai pareri già acquisiti sulla base del progetto esecutivo a base di gara, attribuendole quindi i relativi punteggi, il RUP, anziché esercitare un legittimo potere di verifica sulla regolarità della procedura, ha sostituito alle valutazioni discrezionali della Commissione (cioè dell'organo tecnico munito della necessaria preparazione ed esperienza professionale nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto, inteso in modo coerente con la molteplicità delle competenze richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare) un opposto, soggettivo e autonomo giudizio sui

medesimi profili di “accettabilità” dell’offerta tecnica già vagliati dalla stessa Commissione e da questa ritenuti inidonei a condurre all’esclusione dell’operatore economico.

7.7.2. Spetta, tuttavia, alla commissione di gara, nell’attività di valutazione e qualificazione delle proposte progettuali, ai fini della loro riconduzione nell’ambito delle varianti inammissibili o delle semplici migliorie (anche per quanto attiene all’apprezzamento delle ragioni che giustificano la soluzione migliorativa proposta e la sua rispondenza alle esigenze della stazione appaltante), un ampio margine di discrezionalità tecnica, con conseguente insindacabilità nel merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti, ove non inficiate da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza manifesta (Cons. Stato, V, 1.2.2022, n. 696, Id. 3 maggio 2019, n. 2873; Cons. Stato, sez. III, 14 novembre 2017, n. 5258; Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2015, n. 601; Cons. Stato, V, 11 dicembre 2015, n. 5655; 7 marzo 2014 n. 1072): nel caso di specie, senz’altro non ricorreva quest’ultima ipotesi, essendo la proposta formulata in effetti riconducibile (come correttamente ritenuto dalla Commissione) a una miglioria ammessa alla stregua delle previsioni della *lex specialis*, vincolanti per i concorrenti così come per la stazione appaltante, la quale non può disapplicarne le regole neppure allorquando risultino formulate in modo inopportuno e incongruo (fatto salvo il ricorso all’autotutela).

Il disciplinare di gara ha infatti espressamente previsto quale unico motivo di non ammissibilità della proposta migliorativa interventi che incidono sul “tappeto di usura” recanti modifiche a quanto previsto nella lista delle categorie e nel CSA (e la proposta del RTI Esseti non ha interessato tale specifico aspetto), demandando poi alla Commissione di valutare per il resto se l’offerta fosse o meno “accettabile” (cfr. disciplinare di gara pagg. 21 e 22).

7.7.3. Non conta poi che il progetto esecutivo abbia concretamente “sviluppato” solo la soluzione B: anche l’alternativa A era stata infatti messa a gara sulla base della *lex specialis* e comunque restava, al momento della

presentazione delle offerte, una soluzione percorribile per la gestione delle terre e rocce da scavo e aperta al confronto concorrenziale per le imprese partecipanti alla gara (le quali avevano quindi facoltà di proporre al riguardo soluzioni che la rendessero concretamente attuabile).

Del resto la stazione appaltante ha avuto cura di precisare che, ove le condizioni per procedere con siffatta alternativa (A) si fossero verificate prima dell'inizio dei lavori, *“si rivedrà la scelta per ovvie considerazioni di carattere economico andando ad impiegare nella zona di Corsalone le terre in esubero nell'ambito del presente progetto”*; il che, sotto altro profilo conferma che tali profili esecutivi dovevano trovare adeguata specificazione nel Piano ambientale di cantierizzazione cui l'aggiudicataria è tenuta solo prima dell'inizio dei lavori, essendo perciò a quel momento differita la esatta individuazione dell'organizzazione del cantiere e delle fasi di sviluppo e svolgimento dei lavori.

7.7.4. Inoltre, come correttamente argomentato dall'appellante, nel caso di attuazione della soluzione progettuale A non sarebbe stato necessario riavviare il procedimento di approvazione atteso che le linee essenziali delle attività erano già contenute nella citata relazione di cantierizzazione ed il Capitolato speciale d'appalto all'art. 69 aveva contemplato la procedura di trattamento, prevedendo che : *“I materiali da utilizzare per la formazione dei rilevati stradali, nel rispetto di quanto ulteriormente prescritto e specificato nel presente capitolato e negli altri elaborati progettuali, potranno essere costituiti da: inerti provenienti dagli scavi se appartenenti ad uno dei seguenti gruppi A1, A2-4, A2-5, A3; ... inerti provenienti dagli scavi, appartenenti ad uno dei seguenti gruppi A5, A6, A7, A2-6, A2-7, previa stabilizzazione a calce, secondo quanto indicato al successivo Art. 71 – Formazione dei rilevati con materiali provenienti dagli scavi stabilizzati a calce.”* e inoltre che *“per la realizzazione dei rilevati vengano riutilizzati i materiali provenienti dagli scavi e certificati ai sensi delle norme CNR UNI EN 13242:2008 a seguito degli opportuni processi di trasformazione in impianti di riciclaggio”* (cfr. CSA all'art. 69.1 pag. 90)

7.7.5. Di tale normativa di gara non hanno tenuto conto il provvedimento di esclusione né la sentenza appellata.

7.7.6. Sono altresì rimaste prive di sostanziale confutazione le censure sull'inidoneità degli impianti individuati nel progetto, aspetto sul quale è peraltro mancato qualsiasi effettivo confronto in sede procedimentale tra l'impresa concorrente e la stazione appaltante poiché quest'ultima, anziché richiedere i dovuti chiarimenti, ha proceduto automaticamente alla sua esclusione.

7.7.7. Non può altresì essere condivisa la sentenza laddove ha ritenuto legittima l'esclusione del RTI ricorrente in base all'art. 26 del d.P.R. 207/2010, a mente del quale le prescrizioni progettuali avrebbero carattere vincolante per l'operatore economico anche con riferimento alla *“gestione delle materie, la descrizione dei fabbisogni di materiali da approvvigionare da cava, al netto dei volumi reimpiagati, e degli esuberi di materiali di scarto, provenienti dagli scavi, oltre alla individuazione delle cave per approvvigionamento delle materie e delle aree di deposito per lo smaltimento delle terre di scarto; descrizione delle soluzioni di sistemazione finali proposte”*.

Infatti, la norma richiamata dalla sentenza (ma non dai provvedimenti impugnati per confutare la correttezza della soluzione migliorativa del RTI Esseti) si riferisce ai contenuti del progetto definitivo e il RTI appellante non ha ad esso apportato alcuna variante sostanziale: la soluzione A (relativa al trattamento delle rocce da scavo presso l'area di cantiere con impianti mobili e trasporto nell'area del Corsalone) era stata prevista dalla legge di gara e perciò la proposta tecnica in questione, riferita al sub criterio B.1.1.a, non necessitava di un nuovo iter di approvazione del progetto esecutivo.

7.8. Del resto, è insito nella scelta del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa che le imprese propongano 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*; altrimenti, l'esclusione di qualsivoglia significativa e non marginale diversificazione tra le offerte tecniche delle singole imprese priverebbe di contenuti la previsione del detto criterio di

aggiudicazione, finendo per ridimensionarne la portata o l'utilità, così mortificando la competizione tecnica tra le concorrenti (cfr. Cons. Stato Sez. V, 8 gennaio 2021, n. 282).

7.9. Nell'appalto di lavori è dunque sanzionabile con l'esclusione soltanto l'offerta tecnica che, contenendo un progetto in variante inammissibile, presupponga un'opera intrinsecamente e radicalmente diversa da quella richiesta dalla stazione appaltante, tanto da dare luogo ad un *aliud* rispetto all'opera complessivamente prefigurata dall'Amministrazione ovvero da impedirne la fattibilità tecnica (Cons. Stato, Sez. V, 27.10.2021, n. 7218; Sez. V, 21.06.2021, n. 4754; Sez. V, 18.03.2019, n. 1749).

Nel caso di specie, la proposta migliorativa dell'ATI Esseti (positivamente valutata dalla Commissione giudicatrice anche sotto il profilo della sua natura), lungi dallo stravolgere il complessivo assetto progettuale così da costituire un *aliud*, si è limitata, come ritenuto dalla Commissione giudicatrice con valutazioni logiche e ragionevoli, a una più snella organizzazione delle fasi lavorative previste in una delle due alternative modalità operative (ipotesi A) espressamente consentite dal progetto esecutivo posto a base di gara, non dando luogo perciò alla necessità di una sua riapprovazione (si veda offerta tecnica Esseti- Relazione illustrativa sub criterio B.1.1a) "*organizzazione delle fasi dei lavori*"- "*organizzazione delle fasi esecutive per il miglior perseguimento dell'esigenza produttiva e la mitigazione degli impatti*").

7.8. Tali conclusioni sono conformi ai sicuri e ragionevoli approdi raggiunti dalla giurisprudenza e meritevoli di essere confermati anche nella presente controversia, circa la distinzione tra varianti non consentite e miglioramenti ammessi rispetto ai progetti posti a base di gara (in tal senso, Cons. Stato, V, 8 ottobre 2019, n. 6793; Consiglio di Stato sez. V, 15 novembre 2021, n.7602).

In particolare è stato precisato (Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2019, n. 2873) che "*...in sede di gara d'appalto e allorquando il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti*

tecniche lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione, mentre le seconde si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva autorizzazione contenuta nel bando di gara e l'individuazione dei relativi requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un aliud rispetto a quella prefigurata dalla Pubblica Amministrazione, pur tuttavia consentito (cfr ex multis Cons. di Stato, V, 24 ottobre 2013, n. 5160; Cons. di Stato, V, 20 febbraio 2014, n. 819; Cons. di Stato, VI, 19 giugno 2017, n. 2969; Cons. di Stato, III, 19 dicembre 2017, n. 5967; Cons. di Stato, V, 18 febbraio 2019, n. 1097; Cons. di Stato, V, 15 gennaio 2019, n. 374; per una disamina tra varianti migliorative e varianti non conformi al progetto posto a base di gara si veda: Cons. di Stato, V, 26 ottobre 2018, n. 6121; sulla non fattibilità tecnica della soluzione progettuale dell'offerente a causa della previsioni di varianti non consentite: Cons. di Stato, V, 18 marzo 2019, n. 1749)”, così che in definitiva “le proposte migliorative consistono pertanto in soluzioni tecniche che, senza incidere sulla struttura, sulla funzione e sulla tipologia del progetto a base di gara, investono singole lavorazioni o singoli aspetti tecnici dell'opera, lasciati aperti a diverse soluzioni, configurandosi come integrazioni, precisazioni e migliorie che rendono il progetto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste” (cfr. Cons. Stato, V, 8 gennaio 2021, n. 282); è stato aggiunto anche che “...la valutazione delle offerte tecniche come pure delle ragioni che giustificano la soluzione migliorativa proposta quanto alla sua efficienza e alla rispondenza alle esigenze della stazione appaltante costituisce espressione di un'ampia discrezionalità tecnica (Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2018, n. 2853), con conseguente insindacabilità nel merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti dalla commissione, ove non inficiate da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza manifesta (Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2014, n. 1072; 14 novembre 2017, n. 5258)”.

7.9. Orbene, considerato che il parametro cui ancorare la distinzione tra variante e miglioria, al fine di ricondurre l'intervento proposto all'una o all'altra ipotesi, va ricercato nella documentazione di gara, deve qui rilevarsi come le proposte formulate dall'appellante sono state ritenute ammissibili dalla Commissione e apprezzate come soluzioni migliorative, tali da soddisfare le esigenze manifestate dalla stazione appaltante, in base al risultato raggiunto in termini di *"mitigazioni degli impatti dovuti al cantiere"* e *"miglioramento del controllo dei materiali e delle lavorazioni"*, e conformi alle previsioni della *lex specialis*, che hanno contemplato anche la soluzione del trattamento delle rocce e materiali da scavo e del loro successivo riutilizzo nel cantiere *de quo*, fermo restando il divieto della presentazione di varianti non consentite: ipotesi, quest'ultima, non ricorrente nel caso di specie.

Alla luce delle precedenti considerazioni e delle riportate previsioni della legge di gara, deve dunque concludersi che la Commissione ha in modo non illegittimo né irragionevole o illogico valutato come ammissibile e migliorativa la proposta in questione, siccome volta a presentare *"una proposta articolata delle fasi di lavoro"*, a descrivere *"in maniera approfondita la modalità di mitigazione degli impatti ambientali dovuti al cantiere, con particolare riferimento al rumore e alla propagazione delle polveri"* e a proporre *"un miglioramento del controllo dei materiali e delle lavorazioni"*, nei termini precisamente indicati *"rispetto a quanto previsto nella documentazione progettuale di gara"*, escludendo, pertanto, che essa potesse dare causa all'esclusione dell'offerta.

7.9.1. La sentenza di primo grado è dunque erronea e va riformata nella parte in cui ha ritenuto che l'approccio progettuale del RTI Esseti, con riferimento al sub-criterio in questione, doveva condurre, come ritenuto dai provvedimenti impugnati, alla sua esclusione dalla gara.

8. Solo per completezza espositiva, si osserva che sono fondate anche le doglianze articolate con il primo motivo (con cui si è tornato a lamentare la violazione del contraddittorio procedimentale per la mancata partecipazione dell'impresa al procedimento di verifica dell'anomalia nel corso della quale

sono state riscontrate le difformità progettuali che hanno dato causa all'esclusione del RTI appellante) e con il secondo motivo di appello, con cui si contesta la sentenza nella parte in cui ha ritenuto non censurabile la mancata attivazione del soccorso procedimentale sull'assunto per cui non poteva consentirsi all'impresa di modificare i termini della propria proposta.

8.1. A quest'ultimo proposito, deve rilevarsi come, fermo restando che in base all'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50 del 2016 il soccorso procedimentale trova il proprio limite nell'impossibilità di modificare un elemento dell'offerta tecnica e/o economica, non essendo ammesso tale istituto laddove sopravvenga a colmare una iniziale e sostanziale inadeguatezza dell'offerta presentata dalla concorrente, consentendole di aggiustare il tiro e di modificare *in itinere* la propria partecipazione alla gara in danno delle altre concorrenti (cfr. Cons. Stato Sez. III, Sent., 26-01-2022, n. 550), l'Amministrazione, in caso di dubbi riguardanti gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica, deve però richiedere al concorrente interessato i chiarimenti *"finalizzati a consentire l'interpretazione delle offerte e ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara, superando le eventuali ambiguità"* (ex multis, Cons. Stato, Sez. III, 9.02.2021, n. 1225; Sez. V, 27.01.2020, n. 680; Sez. V, 7.08.2017, n. 3913).

Nel caso di specie, in ossequio al principio di massima partecipazione, lo stesso Disciplinare di gara contempla il suddetto soccorso procedimentale in via generale, demandando alla stazione appaltante di farvi ricorso *"anche per ulteriori ipotesi non espressamente individuate"* (cfr. pag. 36).

Pertanto, in virtù della relazione della Commissione giudicatrice del 20.9.2021 resa in sede di chiarimenti chiesti dal RUP che aveva confermato l'ammissibilità dell'offerta, dovevano essere richiesti chiarimenti al r.t.o. Esseti la quale, in tale sede, avrebbe potuto dimostrare la conformità della proposta migliorativa alla *lex specialis*.

9. In conclusione, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, deve essere accolto il ricorso di primo grado, con

conseguente annullamento dei provvedimenti con esso impugnati.

10. La complessità delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado e annulla gli atti con esso impugnati.

Dispone compensarsi tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO