

Consiglio di Stato, Sezione Quarta, Sentenza n. 2418 dell'11 marzo 2025

Servizi di ingegneria e architettura – OEPV – Varianti al progetto in sede di offerta – Ammesse solo se non incidono sulle caratteristiche essenziali dell'opera

Pubblicato il 24/03/2025

N. 02418/2025REG.PROV.COLL.

N. 09528/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9528 del 2024, proposto dalla società (...) s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) con le società (...) s.p.a. e (...) s.p.a., in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato (...);

contro

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

(...), in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...),

con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia;

(...) s.p.a. ((...) s.p.a.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in (...);

nei confronti

della (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, e del (...) in qualità di (...), rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia e domicilio fisico *ex lege* in (...);

della (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia;

di (...) s.p.a. ((...) s.p.a.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato (...);

di (...) s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale (T.A.R.) per il Lazio, sede di Roma, Sez. IV, 2 dicembre 2024, n. 21691, che ha respinto il ricorso proposto, in ordine alla gara a procedura telematica aperta indetta da (...) s.p.a. per conto di (...) s.p.a. con bando pubblicato il 14 marzo 2024 sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea per affidare l'appalto integrato per la progettazione esecutiva, realizzazione e gestione per un anno dell'impianto di recupero e valorizzazione della frazione organica da raccolta differenziata (FORSU) di (...) - CIG (...), per l'annullamento del provvedimento del 6 agosto 2024 -prot. n.337872 del 7 agosto 2024, comunicato il giorno 8 agosto 2024, di aggiudicazione al costituendo RTI composto da (...) s.p.a. (mandataria), (...) s.r.l., (...) s.r.l. e (...) s.r.l.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di (...) s.p.a., (...) s.p.a., (...) s.p.a., (...) s.p.a., nonché della (...), del (...), della (...);

Visto l'appello incidentale di (...) s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 marzo 2025 il Cons. Martina Arrivi e uditi per le parti gli avvocati, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il presente giudizio verte sull'esito della procedura, bandita il 14 marzo 2024 dall'(...) s.p.a. (in breve, (...) s.p.a.), quale centrale di committenza per conto dell'(...) s.p.a. ((...) s.p.a.), per l'affidamento di un appalto integrato per la progettazione esecutiva, la realizzazione e la gestione per un anno di un impianto per il recupero e la valorizzazione della frazione organica da raccolta differenziata (FORSU) per la produzione di biometano e ammendante compostato misto, sito in località (...) (procedura CIG (...)).

1.1. L'appalto, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevedeva l'attribuzione di un massimo di 90 punti per l'offerta tecnica e un massimo di 10 punti per quella economica. All'esito della valutazione delle offerte dei sei operatori economici partecipanti alla gara, l'appalto è stato aggiudicato, con provvedimento del 7 agosto 2024, comunicato a norma dell'art. 90 d.lgs. 36/2023 (c.c.p.) l'8 agosto 2024, al raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) avente come mandataria (...) s.p.a., che ha conseguito un punteggio totale pari a 72,152, seguito in graduatoria dal RTI capeggiato da (...) s.p.a. (in breve, (...) s.p.a.), con 67,376 punti, e dal costituendo RTI destinato a far capo a (...) s.r.l., con 58,34 punti.

1.2. Con ricorso notificato e depositato il 23 settembre 2024, la società (...) s.r.l., mandataria del costituendo RTI terzo graduato, ha agito in giudizio dinanzi al T.A.R. Lazio, domandando in via principale l'annullamento dell'aggiudicazione e,

in subordine, il risarcimento del danno.

A sostegno del gravame, la ricorrente ha formulato quattro motivi di ricorso:

I) con il primo, ha dedotto che il RTI aggiudicatario nonché il secondo graduato avrebbero dovuto essere esclusi per aver offerto la progettazione e la realizzazione di un impianto di digestione anaerobica rispettivamente con tecnologia a secco (quanto al RTI capeggiato da (...) s.p.a.) e con tecnologia a semisecco (quanto al RTI facente capo a (...) s.p.a.), integrante un bene diverso (*aliud pro alio*) a quello posto a base di gara, consistente in un impianto di digestione anaerobica con tecnologia a umido, o comunque per aver apportato una non consentita variante sostanziale al progetto di fattibilità tecnica ed economica (PTFE);

II) con il secondo, ha nuovamente lamentato la mancata esclusione dei due raggruppamenti, poiché la modifica apportata al PFTE, attraverso il mutamento della tecnologia alla base dell'impianto di digestione dei rifiuti, violerebbe gli artt. 41 e 44 c.c.p., laddove impongono la conformità del progetto esecutivo alle prescrizioni tecniche del PFTE;

III) con il terzo motivo, la ricorrente ha dedotto che l'ammissione dei primi due classificati sarebbe avvenuta in violazione del principio del risultato, di cui all'art. 1 c.c.p., giacché la sostituzione di un impianto di digestione a umido con un impianto di digestione a secco o semisecco implicherebbe la necessità di rinnovare i provvedimenti autorizzativi del progetto, perciò sarebbe impossibile ultimare e collaudare l'opera entro le tempistiche di gara, ossia entro il 31 dicembre 2026;

IV) con il quarto motivo, sviluppato in subordine, la ricorrente ha lamentato che, in violazione dell'art. 19 del disciplinare di gara e dell'autovincolo fissato dalla stazione appaltante, nonché dei principi di trasparenza e pubblicità, la commissione abbia omesso di dare lettura dei punteggi assegnati alle offerte tecniche prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, circostanza che imporrebbe la riedizione della procedura.

1.3. Si sono costituiti in giudizio (...) s.p.a., (...) s.p.a., (...) s.p.a., T.M.E s.p.a., oltre

alle altre amministrazioni intime, deducendo l'infondatezza delle doglianze. Sono state anche sollevate delle eccezioni preliminari di inammissibilità dei primi tre motivi di ricorso, da parte di (...) s.p.a., secondo la quale tali censure tenderebbero a sostituire le valutazioni tecniche della commissione giudicatrice, e da parte di (...) e di (...) s.p.a., per la mancata impugnazione delle disposizioni di gara che permettevano di modificare la tecnologia dell'impianto.

(...) ha eccepito, invece, l'inammissibilità del quarto motivo per difetto d'interesse, avuto riguardo al carattere puramente formale della doglianza.

La stessa controinteressata ha, inoltre, proposto ricorso incidentale, notificato il 23 ottobre 2024 e depositato il 4 novembre 2024, lamentando:

I) che il RTI capeggiato da (...) s.r.l. avrebbe dovuto essere escluso per un grave illecito professionale, poiché quest'ultima avrebbe reso una dichiarazione falsa o fuorviante relativamente a un sub-criterio premiale o, comunque, avrebbe dovuto conseguire un punteggio pari a 0 per tale sub-criterio, tale da fare collocare il RTI alla quarta posizione della graduatoria;

II) che il medesimo operatore avrebbe dovuto essere escluso, ai sensi dell'art. 94, co. 5, lett. c), c.c.p., per non aver prodotto copia del rapporto sulla situazione del personale, con attestazione di conformità a quello trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali;

III) che esso avrebbe dovuto essere escluso anche in applicazione degli artt. 68 e 70 c.c.p., per assoluta incertezza sulle quote di esecuzione dell'appalto assunte dalle imprese riunite nel costituendo RTI;

IV) che ricorrerebbe un'ulteriore causa di esclusione del RTI, in ragione del mancato possesso, da parte di (...) s.r.l., del requisito di capacità economico-finanziaria;

V) in via subordinata all'accoglimento di uno dei primi tre motivi del ricorso principale, che anche il RTI ricorrente avrebbe apportato delle modifiche non consentite al PFTE, consistenti nell'eliminazione delle biocelle, per cui anch'esso

avrebbe dovuto essere escluso dalla gara.

Anche sul ricorso incidentale (...) s.p.a. si è difesa in rito, eccependo l'inammissibilità del primo motivo, poiché impingerebbe nel merito amministrativo, nonché dell'ultimo motivo, per difetto d'interesse.

Nelle more del giudizio di primo grado, in data 8 novembre 2024, è stato concluso il contratto di appalto tra (...) s.p.a. e le imprese componenti del RTI aggiudicatario.

1.4. Con sentenza n. 21691 del 2 dicembre 2024, il T.A.R. Lazio, assorbite tutte le eccezioni preliminari, ha respinto il ricorso principale in quanto infondato e, di conseguenza, ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale.

2. Con ricorso ritualmente notificato il 19 dicembre 2024 e depositato il giorno successivo, (...) s.r.l. ha appellato la sentenza, in base a quattro motivi di gravame, con i quali ha contestato le statuizioni reiettive dei rispettivi motivi di ricorso e ha insistito nelle censure già formulate in primo grado.

3. Costituendosi in giudizio, (...) s.p.a., (...) s.p.a. e (...) s.p.a. hanno riproposto le eccezioni di inammissibilità dichiarate assorbite dal T.A.R.

4. Con ricorso notificato il 20 gennaio 2025 e depositato il 3 febbraio 2025, (...) s.p.a. ha formulato appello incidentale sulla declaratoria di improcedibilità del proprio ricorso incidentale, riproponendo le relative censure.

5. Si sono, inoltre, costituite le altre amministrazioni evocate in giudizio.

6. Con atto notificato e depositato il 27 febbraio 2025, l'appellante principale ha, inoltre, proposto domanda di accesso endoprocessuale, *ex art.* 116, co. 2, cod. proc. amm., alla documentazione della fase esecutiva dell'appalto, impugnando il diniego di ostensione adottato da (...) s.p.a. il 13 febbraio 2025.

7. La causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 13 marzo 2025.

In tale sede:

- il collegio ha rilevato, ai sensi dell'art. 73, co. 3, cod. proc. amm., la possibile inammissibilità della domanda di accesso, poiché contrastante con il disposto

dell'art. 104, co. 1, cod. proc. amm.;

- l'appellante ha rinunciato alla predetta domanda.

8. Dato atto della rinuncia di (...) s.r.l. alla domanda di accesso endoprocessuale, può procedersi all'analisi dell'appello principale proposto dalla medesima società. Il gravame è infondato, sicché anche nel presente grado di giudizio può soprassedersi allo scrutinio delle molteplici eccezioni preliminari sollevate dalle parti appellate.

9. Con il primo mezzo, (...) s.r.l. contesta il capo della sentenza di prime cure che ha reputato infondato il primo motivo del ricorso, con il quale la società aveva addotto che i RTI facenti capo ad (...) s.p.a. e a (...) s.p.a. avrebbero dovuto essere esclusi per aver presentato un'offerta integrante un *aliud pro alio* rispetto a quella posta a base della gara, in quanto contenenti varianti sostanziali al progetto di fattibilità tecnica ed economica (PFTE), non consentite dalla *lex specialis*.

Segnatamente, ad avviso dell'appellante, poiché il disciplinare di gara richiedeva il rispetto del PFTE e poiché le relazioni allegate a quest'ultimo descrivevano l'impianto di digestione anaerobica – oggetto di progettazione esecutiva e realizzazione – come dotato di una tecnologia ad umido o *wet*, le imprese non avrebbero potuto presentare delle offerte tecniche basate sulle tecnologie a secco o *dry* (così, l'offerta dell'aggiudicatario) oppure a semisecco o *semidry* (così l'offerta del secondo graduato), tanto più che gli atti autorizzativi del progetto, primo tra tutti il PAUR (provvedimento autorizzatorio unico regionale), si basavano sulla tecnologia *wet* indicata nelle relazioni del PFTE.

9.1. La doglianza è infondata, ritenendosi pienamente condivisibili le osservazioni svolte dal giudice di prime cure, che ha escluso che il mutamento della tecnologia di digestione anaerobica integri un *aliud pro alio* (in senso analogo si era già espresso, proprio in relazione al passaggio dalla tecnologia *dry* alla tecnologia *semidry*, Cons. Stato, Sez. V, 29 maggio 2018, n. 3216).

9.2. La possibilità di riscontrare clausole di esclusione al di là di quelle espressamente previste dal bando deve considerarsi ipotesi assolutamente residuale

ed eccezionale, pena la violazione dei superiori principi della *par condicio* e del *favor participationis*. Tra queste ipotesi eccezionali rientra il caso di *aliud pro alio*, che, però, può configurarsi solo laddove il bene offerto sia radicalmente diverso da quello promesso. Sul punto, la giurisprudenza ha efficacemente stabilito che «*la difformità dell'offerta rispetto alle caratteristiche tecniche essenziali previste negli atti di gara può risolversi in un aliud pro alio e giustificare, pertanto, l'esclusione dalla procedura anche in assenza di espressa previsione della sanzione espulsiva* (Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2016, n. 1818; Id., 5 maggio 2016, n. 1809). Nondimeno, *l'esclusione dell'offerta per difformità dai requisiti minimi, anche in assenza di un'esplicita comminatoria di esclusione, può operare soltanto nei casi in cui la lex specialis prevede caratteristiche e qualità dell'oggetto dell'appalto che possano essere qualificate con assoluta certezza come caratteristiche minime, perché espressamente definite come tali, oppure perché se ne fornisce una descrizione che ne rivela in modo certo ed evidente il carattere essenziale. Laddove manchi una tale certezza [...] e permanga un margine di ambiguità circa l'effettiva portata delle clausole del bando, "riprende vigore il principio residuale che impone di preferire l'interpretazione della lex specialis maggiormente rispettosa del principio del favor participationis e dell'interesse al più ampio confronto concorrenziale, oltre che della tassatività – intesa anche nel senso di tipicità ed inequivocabilità – delle cause di esclusione*» (Cons. Stato, Sez. III, 14 maggio 2020, n. 3084 e giurisprudenza ivi citata; Id., 12 agosto 2024, n. 7102). Ancora, si è osservato che «*in sede di gara d'appalto e allorquando il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché le prime possono liberamente esplicarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione, mentre le seconde si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, 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» (Cons. Stato, Sez. V, 3 maggio 2019, n. 2873; Id., 5 febbraio 2021, n. 1080).

Alla luce del costante orientamento della giurisprudenza, quindi, nelle procedure di affidamento dei **contratti** con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, salva diversa e specifica previsione della *lex specialis*, sono sempre ammesse le modifiche al progetto posto a base della gara, queste costituendo, anzi, il fondamento per l'attribuzione di punteggi premiali, purché non sfocino in varianti incidenti sulla "tipologia", sulla "struttura" e sulla "funzione" dell'appalto, ossia, in altri termini, sulle caratteristiche essenziali dell'opera, tali da integrare un mutamento dell'oggetto del contratto (*i.e.* un *aliud pro alio*).

9.3. Nel caso di specie, il sistema tecnologico di digestione anaerobica (*wet, dry* o *semidry*) non può considerarsi una caratteristica essenziale dell'impianto, tant'è che esso non è mai menzionato nel disciplinare di gara, né nel capitolato speciale d'appalto.

Il disciplinare (doc. 7 ricorrente, depositato in primo grado) stabilisce che «[i]l contratto ha per oggetto "l'APPALTO INTEGRATO PER LA PROGETTAZIONE ESECUTIVA, REALIZZAZIONE E GESTIONE PER UN ANNO, INCLUSA MANUTENZIONE, DELL'IMPIANTO DI CESANO PER IL RECUPERO E LA VALORIZZAZIONE DELLA FRAZIONE ORGANICA DA RACCOLTA DIFFERENZIATA (FORSU) PER LA PRODUZIONE DI BIOMETANO E AMMENDANTE COMPOSTATO MISTO"» (art. 3.1), aggiungendo poi che esso dovesse avvenire «sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica (di seguito, "PFTE") approvato, sub Allegato n. 3, al presente Disciplinare, ai sensi dell'articolo 44 del Codice dei Contratti».

Allo stesso modo, l'art. 2.1. del capitolato speciale (doc. 8 ricorrente, depositato in primo grado), definendo lo "oggetto dell'appalto", prevede che «[l]'appalto ha per oggetto la progettazione, la realizzazione e la gestione in esercizio per 12 mesi di un impianto di Trattamento integrato anaerobico ed aerobico della frazione organica da raccolta differenziata per

la produzione di biometano e ammendante compostato misto di Cesano».

9.4. Neppure il PFTE, ossia il progetto di fattibilità costituente la base per la formulazione delle offerte di progettazione esecutiva, annovera la tecnologia di digestione anaerobica dei rifiuti tra le caratteristiche essenziali dell'impianto. Infatti, l'art. 3 della relazione tecnica (doc. 12 ricorrente, depositato in primo grado), contenente la descrizione dell'opera, si esprime come segue: *«L'impianto in progetto è da intendersi come un sistema impiantistico complesso costituito da n. 3 diverse sezioni funzionalmente integrate:*

- *Sezione di produzione di biometano liquido costituita da:*
 - ✓ *Linea di digestione anaerobica per la produzione di biogas;*
 - ✓ *Linea di upgrading biogas per la produzione di biometano gassoso;*
 - ✓ *Linea di liquefazione del biometano.*

Il digestato solido di qualità, di cui art.183 comma 1 lettera ff) del Dl 152 / 2006 e ss.mm.ii. ("digestato di qualità": prodotto ottenuto dalla digestione anaerobica di rifiuti organici raccolti separatamente) sarà inviato nella limitrofa sezione aerobica tecnicamente connessa, già autorizzata.

- *Sezione di compostaggio: sezione destinata alla stabilizzazione aerobica del digestato solido, già autorizzata.*
- *Sezione di depurazione delle Acque.*
- *L'impianto in progetto avrà una potenzialità di 100.000 t/anno di FORSU proveniente da raccolta differenziata inviata a trattamento anaerobico. La sezione aerobica tratterà il digestato solido prodotto dall'impianto, oltre ad un ammontare massimo di 10.000 t/ anno di strutturante costituito da verde cittadino proveniente dal servizio di manutenzione parchi e giardini».*

Evidentemente, i tratti essenziali e imm modificabili dell'opera sono costituiti dal tipo di impianto (di digestione anaerobica), dalla presenza di tre sezioni funzionalmente integrate, dal prodotto trattato (frazione organica da raccolta differenziata: FORSU), dalla quantità di prodotto trattato (100.000

t/a) e dal prodotto che deriva dal trattamento (in particolare, il biometano). La tecnologia alla base del processo di digestione è menzionata in altre parti delle relazioni tecnica (doc. 12 ricorrente) e illustrativa (doc. 11 ricorrente) allegate al PFTE, ma al di fuori della descrizione dell'impianto. Per di più, l'art. 10.1 della relazione tecnica chiarisce che la digestione anaerobica può avvenire secondo tre tecnologie, poste astrattamente sullo stesso piano («➤ *Digestione a umido (wet), quando il substrato in digestione ha un contenuto di sostanza secca inferiore al 20%; ➤ Digestione a semi secco(dry), quando il substrato in digestione ha un contenuto di sostanza secca superiore al 20%; ➤ Digestione a secco; quando la FORSU, il substrato contiene una percentuale di sostanza secca superiore al 30-35% ed è semplicemente triturato ed inserito in tunnel di digestione anaerobica con ricircolo del percolato*»), salvo poi specificare che è stata scelta la prima tecnologia (*wet*) poiché «*riesce a garantire la massima resa di produzione di biogas per tonnellata di frazione organica umida immessa nel digestore e garantendo al contempo un regolare e continuo funzionamento del digestore stesso*». Similmente si esprime la relazione illustrativa del PFTE, al par. 4.3: «*Rispetto alle varie tecnologie disponibili, per la soluzione anaerobica è stata scelta la soluzione ad umido, l'unica che consente il raddoppio della potenzialità impiantistica (da 50.000 a 100.000 t/anno) all'interno del perimetro già autorizzato*». In definitiva, la digestione a umido, lungi dal qualificare tipologicamente, strutturalmente e funzionalmente l'impianto, è una delle tre possibili soluzioni tecniche per il trattamento anaerobico della FORSU, la quale è stata reputata dai redattori del PFTE come quella più efficiente. Nulla impedisce, però, salvi divieti espliciti della *lex specialis*, quivi assenti, che essa sia sostituita da altra tecnologia (*dry* o *semidry*), fermo restando che il livello di produttività della soluzione selezionata impatterà sui punteggi premiali conseguibili dall'offerta tecnica.

9.5. Diversamente da quanto sostenuto dall'appellante, l'art. 3.1 del disciplinare, laddove specifica che le offerte devono essere redatte «*sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica (di seguito, "PFTE")*» non impone una piena coincidenza

tra il progetto esecutivo proposto dal concorrente e il PFTE, ma solamente una coerenza generale con esso: le soluzioni prescelte nel PFTE, tra cui la tecnologia di digestione, possono, quindi, essere modificate, ferma l'invarianza delle caratteristiche essenziali dell'impianto tratteggiate all'art. 3 della relazione tecnica; ragionando diversamente, si eliminerebbe l'utilità della progettazione esecutiva richiesta dal bando di gara, nonché si impedirebbe di valutare le offerte sotto il profilo tecnico, appiattendolo sul solo aspetto economico. Come osservato in giurisprudenza, infatti, *«a prescindere dalla espressa previsione di varianti progettuali in sede di bando, deve ritenersi insito nella scelta del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa che, anche quando il progetto posto a base di gara sia definitivo, è consentito alle imprese di proporre quelle variazioni migliorative rese possibili dal possesso di peculiari conoscenze tecnologiche, purché non si alterino i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla lex specialis onde non ledere la par condicio (Cons. Stato, V, 11 dicembre 2015, n. 5655) e ciò per l'elementare considerazione che l'esclusione di qualsivoglia significativa diversificazione tra le offerte tecniche delle singole imprese priverebbe di contenuti la previsione del detto criterio di aggiudicazione e che l'ammissibilità di modifiche soltanto marginali finirebbe per ridimensionarne la portata o l'utilità, mortificando la competizione tecnica tra le concorrenti»* (Cons. Stato, Sez. V, 8 gennaio 2021, n. 282).

In piena coerenza con tali considerazioni, il par. 4.4, punto 7, del capitolato speciale d'appalto prevede che *«[n]on è meritevole di approvazione la progettazione esecutiva: a) che si discosta dal progetto di fattibilità tecnico-economica posto a base di gara, in modo da compromettere, anche parzialmente, le finalità dell'intervento, il suo costo o altri elementi significativi della stessa progettazione di fattibilità tecnico-economica, ad esclusione di tutte le varianti migliorative offerte in sede di gara»*, il che equivale ad ammettere proposte migliorative, anche in variazione del PFTE, purché esse non compromettano la finalità o il costo dell'intervento, nonché gli elementi significativi del PFTE, cioè, in definitiva, le caratteristiche essenziali dell'impianto.

9.6. Di conseguenza, contrariamente all'impostazione argomentativa seguita

dall'appellante, non occorre che la *lex specialis* consenta espressamente l'apposizione di una modifica progettuale affinché questa sia ammissibile e non conduca all'esclusione del partecipante; all'opposto, in difetto di un esplicito divieto contenuto nella *lex specialis*, qualsiasi variante progettuale è permessa – e viene valutata sotto la pregevolezza tecnica – purché non impatti sui tratti caratterizzanti l'opera, mutando l'oggetto dell'appalto.

9.7. Oltretutto, il mutamento di tecnologia di digestione anaerobica può considerarsi espressamente consentito dal disciplinare, laddove contempla, nell'ambito del criterio C (relativo alla «*METODOLOGIA DI SVILUPPO DELL'INTERVENTO E SOLUZIONI MIGLIORATIVE*»), un apposito punteggio premiale (sub-criterio C.2.5) per «*Soluzioni tecniche migliorative per il trattamento anaerobico della FORSU*», cioè «*proposte riguardanti le strategie tecniche e tecnologiche volte a migliorare il trattamento anaerobico della FORSU, in particolare in termini di: riduzione dell'impatto sulla risorsa idrica; riduzione dell'impatto sui consumi energetici*». Vero è che il sub-criterio C.2.5 ribadisce la necessità di «*rispetto di quanto previsto dal PFTE*»; tuttavia, tale specificazione non può essere intesa – come sostenuto dall'appellante – nel senso dell'invarianza di tutte le soluzioni del PFTE, il che implicherebbe uno svuotamento del sub-criterio premiale, bensì, come già spiegato, nel senso di un'esigenza di coerenza complessiva del progetto, così come anche indicato al par. 4.4, punto 7, del capitolato speciale.

9.8. Neppure rileva che gli elaborati confluiti nella valutazione di impatto ambientale (VIA), nell'autorizzazione integrata ambientale (AIA) e, poi, nel provvedimento autorizzatorio unico regionale (PAUR) fossero gli stessi sulla base dei quali era stato redatto il PFTE e, dunque, contemplassero la digestione a secco, poiché – come si osserverà in sede di analisi della terza censura – il disciplinare espressamente consente una modifica degli atti autorizzativi, ove ve ne sia bisogno.

9.9. Non può essere, infine, sottaciuto – benché non si tratti di un elemento dirimente, alla luce del principio di prevalenza della *lex specialis* e della sua

immodificabilità mediante chiarimenti in sede di gara – che anche nel corso della procedura di affidamento, nel contesto delle FAQ (*frequently asked questions*), la stazione appaltante ha avallato la possibilità di proporre soluzioni tecnologiche diverse dalla digestione a umido. In particolare, a fronte del quesito (n. 12) di un operatore se fosse *«possibile valutare una diversa soluzione impiantistica per la sezione di digestione anaerobica, che includa un sistema di tipo "a semi-secco" (ovvero con una concentrazione di sostanza secca all'interno del digestore di circa il 20%)»*, dunque diversa da quella degli *«elaborati progettuali posti a base di gara»* che *«prevedono un sistema di gestione anaerobica di tipo "wet"»*, l'amministrazione risposto che *«per il perseguimento della premialità possono essere proposte tutte le soluzioni tecnologiche che l'offerente riterrà idonee»*: il tenore della risposta, con il riferimento alla possibilità di proporre "tutte" le soluzioni tecnologiche reputate idonee, non può che essere interpretato, secondo ragionevolezza, come un assenso al mutamento della tecnologia di digestione.

Come esposto nella sentenza di primo grado, proprio alla luce di siffatto chiarimento, *«nessuna lesione della par condicio tra gli operatori economici può essere invocata nel caso di specie, posto che tutti i concorrenti erano a conoscenza degli atti di gara e dei chiarimenti della stazione appaltante, pubblicati sulla piattaforma telematica. È significativo del resto che quattro concorrenti su sei (tra cui i primi due classificati) abbiano presentato una tecnologia diversa da quella ad umido, in ciò interpretando la lex di gara esattamente nel modo inteso dall'Amministrazione»*.

10. Con il secondo motivo d'appello, (...) s.r.l. censura il capo della sentenza che ha respinto il secondo motivo del ricorso di primo grado, mediante il quale la società aveva sostenuto che la variazione della tecnologia di digestione anaerobica, determinando una modifica del PFTE, darebbe luogo a una grave e inammissibile incoerenza tra i due livelli di progettazione prefigurati all'art. 41 c.c.p.

10.1. Anche questa doglianza è infondata, non essendovi ragioni per discostarsi dalle conclusioni cui è giunto il T.A.R.

10.2. La progettazione dei lavori **pubblici** è affidata, dal vigente c.c.p. di cui al

d.lgs. 36/2023, a due livelli di successivi approfondimenti tecnici: il progetto di fattibilità tecnico-economica (PFTE) e il progetto esecutivo (art. 41 c.c.p.). Il PFTE seleziona, tra più soluzioni possibili, quella che esprime il rapporto migliore tra costi e benefici per la collettività in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e alle prestazioni da fornire e individua le caratteristiche dimensionali, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da realizzare (art. 41, co. 6, c.c.p.), mentre il progetto esecutivo sviluppa e completa la delineazione dell'opera in modo da individuarne compiutamente la funzione, i requisiti e le qualità tecniche e da determinare, nel dettaglio, i lavori da realizzare, il loro costo e le tempistiche esecutive (art. 41, co. 8, c.c.p.).

10.3. Ovviamente, trattandosi di due livelli consecutivi di progettazione della medesima opera, il progetto esecutivo deve essere predisposto «*in coerenza con il progetto di fattibilità tecnico-economica*» (art. 41, co. 8, c.c.p.), ma ciò non significa che quest'ultimo non possa subire alcuna variazione.

Coerenza, infatti, non è sinonimo di coincidenza.

Pertanto, in assenza di specifici divieti normativi, eventuali previsioni del PFTE non hanno l'effetto di precludere modifiche in sede di progettazione esecutiva, purché non si tratti di previsioni che delineano le caratteristiche portanti dell'opera. Può accadere che il PFTE non detti ancora una determinata soluzione progettuale, nel qual caso il progetto esecutivo fungerà da strumento di integrazione, ma può anche darsi che il PFTE effettui delle scelte su alcune caratteristiche dell'opera, scelte che, però, possono essere modificate durante la progettazione di dettaglio, in ottica migliorativa o, per ipotesi, onde adattare l'opera ad altre soluzioni tecniche non prospettate in precedenza.

Ciò che la legge vieta è uno smantellamento dei tratti essenziali dell'opera e una sostanziale duplicazione della progettazione preliminare.

10.4. Si è già osservato che la predilezione, contenuta nel PFTE del presente appalto, per la digestione a umido non costituisce un tratto caratterizzante

l'impianto. Pertanto, la modifica del metodo di digestione non sovverte i livelli di programmazione dell'opera.

11. Con il terzo motivo di ricorso, (...) ha sostenuto che l'ammissione delle due offerte contenenti la variazione della tecnologia di digestione anaerobica dei rifiuti integri la violazione del principio del risultato di cui all'art. 1 c.c.p., sotto il profilo del rispetto della tempistica prevista, in quanto occorrerebbe il riavviare l'*iter* procedimentale per l'ottenimento di un nuovo PAUR e dei sottostanti provvedimenti di VIA ed AIA e ciò renderebbe impossibile ultimare l'opera e ottenerne il collaudo entro il 31 dicembre 2026, nonché impedirebbe il rispetto dei termini interni di progressione dei lavori (cfr. art. 5 del disciplinare e art. 3.9 del capitolato speciale).

La sentenza di primo grado ha respinto la doglianza evidenziando, in primo luogo, che *«la necessità di aggiornare i provvedimenti autorizzatori relativi al progetto esecutivo presentato dall'operatore aggiudicatario è espressamente prevista dalla lex specialis e, quindi, già computata nei termini per la conclusione della procedura di gara e l'inizio della commessa»*, posto che il capitolato speciale d'appalto prevede che, in caso di varianti migliorative e se necessario, l'appaltatore ha l'obbligo, nei primi trenta giorni successivi alla conclusione del contratto, di produrre tutta la documentazione utile alla richiesta di aggiornamento dell'*iter* autorizzativo (artt. 3.10 e 4.2). In secondo luogo, la sentenza ha statuito che il terzo motivo, ove interpretato nel senso di chiedere di accertare se per la variazione tecnologica del sistema di digestione anaerobica sia necessario riavviare un nuovo *iter* autorizzativo piuttosto che aggiornare le autorizzazioni già ricevute, è inammissibile, in quanto induce il giudice a pronunciarsi su poteri non ancora esercitati (art. 34, co. 2, cod. proc. amm.).

In sede di appello, la ricorrente non critica la prima motivazione della sentenza, ma si limita a sostenere che il giudice avrebbe dovuto valutare, seppure incidentalmente e con parametri probabilistici, se, data la portata della variazione proposta dai primi graduati, occorra una vera e propria riedizione dei procedimenti

autorizzativi – e non un semplice aggiornamento – e, di conseguenza, sia altamente improbabile il rispetto delle tempistiche di esecuzione dei lavori.

11.1. La censura non è favorevolmente scrutinabile.

11.2. Si conviene con il T.A.R. che un giudizio sulla necessità di ottenere *ex novo* la VIA, l'AIA e il PAUR, in ragione del passaggio da un impianto di digestione a umido a un impianto di digestione a secco o semisecco, porterebbe ad anticipare le valutazioni delle amministrazioni competenti a fronte dell'eventuale presentazione, da parte dell'appaltatore, della richiesta di aggiornamento dei provvedimenti autorizzativi. Pertanto, a prescindere dalla circostanza che l'accertamento sia richiesto in via incidentale e funzionalmente alla definizione di un contenzioso sulla legittimità di una aggiudicazione, nonché dal fatto che debba svolgersi con parametri probabilistici, trova applicazione il divieto di cui all'art. 34, co. 2, cod. proc. amm., in ragione dell'influenza, sebbene indiretta, sulla futura azione amministrativa.

11.3. Ad ogni modo, la doglianza va disattesa per una ragione che si pone ancora più a monte e, in particolare, perché attribuisce al principio del risultato, che costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione (art. 1 c.c.p.) e parametro ermeneutico delle disposizioni codicistiche (art. 4 c.c.p.), una inammissibile funzione escludente. Ricollegare alla (allegata) violazione del principio del risultato l'esclusione di un operatore dalla gara integra, quindi, una eterogenesi dei fini dell'art. 1 c.c.p. Inoltre, tale inedita declinazione del principio del risultato cozza con un altro principio dei **contratti pubblici**, ossia quello di tipicità delle cause di esclusione dalla gara (art. 10, co. 2, c.c.p.), poiché finisce per rinvenire – tra l'altro in una norma di principio, per definizione elastica ed evanescente – un'ipotesi escludente ulteriore a quelle tassativamente sancite dagli artt. 94 e 95 c.c.p.

11.4. Infine, la paventata impossibilità di rispettare le tempistiche indicate nel disciplinare e nel capitolato speciale afferisce alla fase esecutiva dell'appalto e trova

una compiuta soluzione nei rimedi legali e contrattuali previsti per l'inadempimento della prestazione, mentre non può rilevare ai fini dell'ammissione delle offerte alla gara.

12. Con il quarto motivo, sviluppato in subordine rispetto agli altri per far valere l'interesse strumentale alla riedizione della gara, Secit Impianti s.r.l. ha lamentato che la commissione giudicatrice abbia omesso di dare lettura ai punteggi delle offerte tecniche prima di visionare le offerte economiche, il tutto in violazione dell'art. 19, co. 13, del disciplinare, dell'autovincolo fissato dalla stessa amministrazione nella *lex specialis*, nonché dei principi di trasparenza e di pubblicità. Il T.A.R. ha respinto la doglianza adducendo il rispetto delle norme del disciplinare e, in ogni caso, evidenziando la portata formalistica della violazione addotta, inidonea a compromettere la genuinità delle valutazioni, tanto più in considerazione del fatto che la gara si è svolta in modalità telematica, che già di per sé garantisce adeguatamente le esigenze di pubblicità e trasparenza, nonché la tracciabilità delle operazioni compiute.

L'appellante critica la sentenza rimarcando di aver contestato non tanto che la commissione non abbia dato lettura degli esiti della valutazione delle offerte tecniche prima di passare alla successiva fase della valutazione delle offerte economiche, quanto il fatto che, nonostante l'apposita previsione del disciplinare, ai concorrenti non sia stata data la possibilità di conoscere, in via simultanea e prima dell'apertura delle buste con le offerte economiche, i punteggi assegnati alle offerte tecniche.

12.1. Il mezzo è privo di fondamento.

12.2. L'art. 19, co. 13, del disciplinare si limita a stabilire che «*all'esito della verifica della Documentazione amministrativa, [...] la commissione giudicatrice, operando attraverso la Piattaforma Telematica, procederà allo svolgimento delle seguenti attività:*

i. all'apertura della Documentazione tecnica al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti;

- ii. alla valutazione delle offerte tecniche e all'assegnazione dei relativi punteggi;*
- iii. alla lettura dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche;*
- iv. all'apertura della Documentazione economica ed all'attribuzione dei relativi punteggi, nonché all'individuazione delle eventuali offerte che superano la soglia di anomalia e successivi adempimenti».*

Pertanto, la *lex specialis* non imponeva di far conoscere gli esiti della valutazione delle offerte tecniche ai concorrenti prima dello scrutinio delle offerte economiche, trattandosi, peraltro, di un bisogno di conoscenza giuridicamente irrilevante, giacché l'art. 35, co. 1, lett. d), c.c.p. differisce sino all'aggiudicazione l'accesso alle offerte e ai verbali relativi alla valutazione delle stesse. La norma del disciplinare imponeva solo alla commissione di dare lettura – evidentemente ai medesimi componenti dell'organo – dei punteggi tecnici assegnati e tale previsione è stata puntualmente rispettata. Infatti, nel verbale n. 4 (doc. 18 ricorrente, depositato in primo grado), che in quanto atto pubblico fa piena prova fino a querela di falso dell'attestazione relativa alle operazioni compiute (art. 2700 cod. civ.), si legge che *«il Presidente della Commissione dà lettura dei punteggi attribuiti all'Offerta Tecnica presentata dai 6 (sei) operatori economici che hanno presentato offerta»* e, di seguito, che *«effettuato il login di accesso alla Piattaforma Telematica, procede, quindi, all'apertura delle "Buste" contenenti l'Offerta Economica presentata dagli operatori economici che hanno presentato offerta, secondo l'ordine alfabetico, dando lettura del ribasso percentuale offerto da ciascuno dei suddetti operatori economici»*.

12.3. Ad ogni modo, l'obbligo di lettura stabilito dal disciplinare è, all'evidenza, funzionale a garantire la non modificabilità dei punteggi tecnici dopo che la commissione abbia preso visione del contenuto economico delle offerte, cioè, in definitiva, a mantenere separate le due fasi valutative, a tutela dell'imparzialità dell'amministrazione. Ebbene, come già messo in luce dal giudice di primo grado, la *ratio* della disposizione è *ex se* assicurata dallo svolgimento delle operazioni in modalità telematica (a norma dell'art. 19, co. 6, c.c.p.), giacché *«la gestione telematica*

della gara offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella "conservazione" dell'integrità delle offerte in quanto permette automaticamente l'apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l'immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta», sicché tramite tale modalità «le fasi di gara seguono una successione temporale che offre garanzia di corretta partecipazione, inviolabilità e segretezza delle offerte» (Cons. Stato, Sez. III, 24 febbraio 2020, n. 1350).

13. Stante l'infondatezza dell'appello principale, non vi è luogo per procedere alla disamina dell'appello incidentale, che viene, quindi, dichiarato improcedibile.

14. In conclusione, va confermata la sentenza di primo grado.

15. Le spese seguono la soccombenza nei confronti di (...) s.p.a., (...) s.p.a., (...) s.p.a. e (...) s.p.a. e sono liquidate in dispositivo conformemente ai parametri di cui al d.m. 147/2022 per una causa di valore indeterminabile di media complessità. Le spese di lite vengono, invece, compensate nei riguardi delle restanti amministrazioni costituite, alla luce del loro marginale ruolo nella vicenda contenziosa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello (R.G. 9528/2024), come in epigrafe proposto, così provvede:

- respinge l'appello principale, dichiara improcedibile l'appello incidentale e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado;
- condanna parte appellante al pagamento, in favore di (...) s.p.a., (...) s.p.a., (...) s.p.a. e (...) s.p.a., delle spese del secondo grado di giudizio, liquidate per ciascuna parte in euro 5.000,00 per compensi, oltre accessori di legge;
- compensa le spese nei confronti delle altre parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 marzo 2025 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Gambato Spisani, Presidente FF

Luca Monteferrante, Consigliere

Rosario Carrano, Consigliere

Martina Arrivi, Consigliere, Estensore

Maurizio Santise, Consigliere

L'ESTENSORE

Martina Arrivi

IL PRESIDENTE

Francesco Gambato Spisani

IL SEGRETARIO