

## **Proposte innovative e/o migliorative e varianti. Differenze.**

*di Giusy Casamassima*

Data di pubblicazione: 10-8-2024

*Le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara e 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.*

Publicato il 09/07/2024

**N. 06092/2024REG.PROV.COLL.**

**N. 02120/2024 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2120 del 2024, proposto da Sodexo Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9832626BA7, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Boifava, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

**contro**

Comune di Busto Arsizio, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Maria Antonietta Carra, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Busto Arsizio, via Fratelli d'Italia, 12;

### ***nei confronti***

Euroristorazione S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Ferasin, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

### ***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) n. 322/2024, resa tra le parti, che ha respinto il ricorso principale ed i pedissequi motivi aggiunti e per il conseguente accoglimento delle conclusioni ivi formulate, incluse le domande di reintegrazione in forma specifica ex art. 124 c.p.a. e di declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato ex art. 122 c.p.a. o, in subordine, di risarcimento del danno per equivalente monetario.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Busto Arsizio e di Euroristorazione S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 30 maggio 2024, il Cons. Angelo Roberto Cerroni e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### **FATTO e DIRITTO**

1. – Il Comune di Busto Arsizio ha indetto una procedura aperta per l'affidamento della “*concessione triennale del servizio di ristorazione scolastica delle scuole dell'obbligo, dei centri diurni per disabili Ada Negri e Belotti Pensa, dei centri diurni estivi e dei pasti a domicilio per gli anziani e per l'utenza in condizioni di fragilità... cig: 9832626ba7*”, da svolgersi attraverso la piattaforma SINTEL, con importo a base d'asta pari ad € 9.892.662,69, durata triennale e aggiudicazione con attribuzione rispettivamente di punti 70 per l'offerta tecnica e di punti 30 per l'offerta economica.

La procedura è stata aggiudicata alla Euroristorazione s.r.l., con il punteggio di 90,76 punti, mentre Sodexo Italia s.p.a. (gestore uscente) si è classificata in seconda posizione con 90,31 punti.

2. – Espletata la procedura di accesso documentale, Sodexo ha adito il TAR per la Lombardia articolando nel complesso undici censure tra ricorso principale e motivi aggiunti conseguenti all'accesso: il primo giudice, disattesa l'istanza cautelare, ha rigettato nel merito l'intero gravame.

3. – Sodexo Italia ricorre, quindi, in appello deducendo svariati profili di *error in iudicando* sviluppati in relazione alla reiezione dei motivi svolti in primo grado, la cui illustrazione sarà svolta per brevità espositiva unitamente allo scrutinio delle singole censure.

4. – Si sono costituiti in giudizio sia il comune di Busto Arsizio, nella veste di appellato resistente, sia Euroristorazione S.r.l., quale controinteressata: entrambi controdeducono nel merito e domandano la reiezione del gravame.

5. – Espletato lo scambio di memorie difensive ex art. 73 cod. proc. amm. la causa è stata discussa all'udienza pubblica del 30 maggio 2024 e conseguentemente spedita in decisione.

6. – Con le prime due censure, che denunciano l'*error in iudicando* in relazione alla reiezione del sesto motivo aggiunto per errata delibazione dello stesso (capi della decisione 19- 21) e in relazione alla reiezione del settimo motivo aggiunto per asserita nullità della decisione per difetto assoluto di motivazione (capo della decisione 21), Sodexo denuncia, rispetto al criterio di valutazione n. 7, la presentazione da parte della controinteressata di due varianti progettuali illegittime, poiché:

a) avrebbe previsto lo svolgimento presso la scuola Crespi del servizio "*self-service*", in luogo della distribuzione dei pasti ai tavoli attraverso un addetto alla somministrazione, come invece sarebbe disposto dal progetto posto a base di gara;

b) avrebbe previsto l'utilizzo del montacarichi presso la mensa Bertacchi e Pieve di Cadore, in violazione dell'art. 4 del capitolato, il quale prevedrebbe l'obbligo di utilizzare "*carrelli neutri senza possibilità di utilizzo di ascensore o montacarichi*", e della *par condicio* tra i concorrenti.

6.1. – La censura è infondata. Ambo le previsioni non si pongono infatti in contrasto con la legge di gara.

Nel primo caso, la *lex specialis* (capitolato, art. 4, tabella a pag. 6 ss.) non stabiliva una specifica modalità di distribuzione dei pasti, bensì solo la presenza delle addette al servizio mensa ("*presenza di A.S.M.*"), requisito che può ben attagliarsi sia alla modalità di distribuzione con servizio al tavolo, sia alla modalità con allestimento self service.

Parimenti non coglie nel segno il profilo critico concernente la proposta da parte di Euroristorazione di utilizzo del montacarichi presso la mensa Bertacchi e Pieve di Cadore: l'art. 4 del capitolato, nel prevedere che "*per la mensa Bertacchi e Pieve di Cadore il servizio si svolge su più piani senza possibilità di utilizzo di ascensore o montacarichi*", non assolve ad una funzione precettiva impositiva di un divieto strutturale, bensì, concordemente con quanto opinato dal primo giudice, reca semplicemente una descrizione dello stato dei luoghi. Né possono rivestire alcun pregio le ulteriori deduzioni censoree concernenti l'impercorribilità edilizio-urbanistica della soluzione tecnica prospettata da Euroristorazione, trattandosi di insinuazioni congetturali frutto di speculazioni non corroborate da alcun supporto probatorio oltre che di dubbia ammissibilità per la violazione del divieto di *venire contra factum proprium* alla luce dell'inequivoco compendio di interventi strutturali che la stessa Sodexo prospettava di realizzare nella sua relazione tecnica.

6.2. – Anche la seconda censura con cui si contesta che, quand’anche le varianti fossero qualificabili alla stregua di soluzioni migliorative, comunque le stesse non avrebbero potuto essere apprezzate favorevolmente alla luce dei limiti del cd. sindacato debole, si profila priva di pregio atteso che il dettato della *lex specialis* (criterio n. 7 di valutazione del disciplinare “*proposte innovative e/o migliorative*”) non precludeva la formulazione di tali soluzioni migliorative, né coglie nel segno il motivo svolto in prime cure circa l’inassimilabilità ontologica delle opzioni proposte da Euroristorazione nel novero delle soluzioni migliorative: basta riprendere lo stesso indirizzo giurisprudenziale richiamato da Sodexo nell’atto introduttivo – secondo cui “*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 e 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*” (ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 3 agosto, 2023, n. 7499) – per avvedersi che le due opzioni prospettate, la distribuzione dei pasti in modalità *self service* e l’installazione del montacarichi, vanno a coprire per l’appunto aspetti tecnici lasciati aperti dal progetto posto a base di gara (alla luce dell’esegesi alternativa del capitolato cui il Collegio intende accedere) e non integrano varianti progettuali soggette ad approvazione della stazione appaltante.

7. – Seguitando con la disamina del terzo punto censorio, Sodexo lamenta l’*error in iudicando* in relazione alla reiezione dell’ottavo motivo aggiunto per errata delibazione dello stesso (capi della decisione 22- 23). In estrema sintesi, l’appellante critica l’attribuzione del punteggio con riferimento al criterio n. 7 (6,30 punti su 7 attribuibili) per irragionevolezza siccome le migliorie proposte – cioè interventi di carattere para edilizio ( “*relamping led*”, “*posa pavimentazione in resina*”, “*copertura termosifoni*”, “*applicazione paraspigoli*”, “*installazione impianto per introduzione nuova lavastoviglie*”) e la fornitura delle attrezzature (“*tavoli Amburgo*”, “*frigorifero a marchio Electrolux*”, “*tavolo armadiato*”, “*lavastoviglie a cappotta con tavolo in acciaio inox entrata/uscita*”, “*erogatori acqua goccia pura con filtri evepure*”) - rientrerebbero tra le prestazioni dovute ai sensi dell’art. 4 del capitolato e non darebbero la stura all’attribuzione di alcun punteggio premiale.

7.1. – La censura è pretestuosa. A fronte dell’art. 4 del Capitolato che stabiliva genericamente la “*fornitura e/o integrazione di stoviglie, attrezzature e di tutto quanto necessario all’espletamento del servizio (brocche, piatti, bicchieri, etc.)*”, l’offerta tecnica di Euroristorazione appare chiaramente migliorativa con prodotti di marca e accessori muniti di caratteristiche particolari e come tale è stata trattata in conformità con il criterio di valutazione n. 7 di cui alla tabella art. 17.1 del disciplinare

8. – Passando al quarto motivo di appello, Sodexo denuncia l’*error in iudicando* in relazione alla reiezione del nono motivo aggiunto per errata delibazione dello stesso (capi della decisione 24-25): in sostanza, la controinteressata avrebbe violato il limite dimensionale di 20 pagine previsto dal disciplinare di gara (v. punto 15.1 disciplinare) avendo inserito all’interno dell’offerta tecnica dei *link* ipertestuali tali da superare complessivamente quel numero di pagine. Sarebbero, quindi, illegittimi i punteggi attribuiti con riferimento ai criteri 1.2, 1.3, 1.4,

1.6, 3.1 e 4.1 rispetto ai quali sono stati inseriti i *link* ipertestuali.

8.1. – Il motivo è inconferente. L'infondatezza ritenuta dal primo giudice è condivisibile non rinvenendosi nella *lex specialis* alcun divieto a pena di esclusione all'inserimento di *link* ipertestuali: il disciplinare si limita, infatti, a prevedere la valutazione delle sole prime venti pagine dell'offerta in caso di superamento del limite; inoltre, l'appellante non fornisce la prova della indispensabilità di tali richiami esterni ai fini della completezza dell'offerta stessa tale da poter dubitare della legittimità nell'attribuzione dei punteggi premiali. Per converso, i documenti raggiungibili mediante i *link* ipertestuali sono costituiti perlopiù da rappresentazioni grafiche ed esemplificative che non aggiungono alcun *quid pluris* alla sostanza dell'offerta, e contribuiscono a tutto concedere alla sua leggibilità (si tratta in larga parte di planimetrie, video, esplicitazione dei menù aggiuntivi proposti e descrizioni più particolareggiate dei progetti di educazione alimentare).

La doglianza si appalesa financo pretestuosa ove si ponga mente al fatto che l'appellante censura la stessa tecnica redazionale adoperata per la confezione del ricorso in appello, mediante omissature e richiami esterni impiegati artatamente per conseguire il rispetto formale del limite dimensionale.

9. – Il quinto motivo si impernia sulla deduzione dell'*error in iudicando* in relazione alla reiezione del decimo motivo aggiunto per errata delibazione dello stesso (capi della decisione 16- 18). A detta dell'appellante, Euroristorazione avrebbe dovuto essere esclusa poiché avrebbe inserito nel solo file pdf i *link* ipertestuali richiamati all'interno di alcune tabelle ed immagini, di conseguenza, non sarebbe veritiera l'attestazione di avvenuta verifica da parte del RUP in ordine alla identità di contenuto dei due file.

9.1. – La censura è manifestamente pretestuosa. Il retroscena della pretesa difformità è da ricercarsi nella problematica tecnica posta dalla piattaforma Sintel che non consentiva il caricamento di file diversi da quelli testuali, sicché il RUP ha acconsentito a che il deposito della relazione tecnica avvenisse copiando/incollando il testo della stessa su SINTEL e rinviando ad un momento successivo all'apertura delle offerte tecniche l'invio del documento completo di offerta precedentemente firmato digitalmente. La marcatura della firma digitale ha garantito l'integrità del documento e la verifica della anteriorità temporale a quella del termine di presentazione delle offerte.

Il soccorso tecnico-istruttorio messo in piedi dal RUP non ha di certo compromesso l'identità formale e sostanziale delle offerte tecniche presentate, non potendo perverso far valere quale indice di difformità proprio la presenza o assenza degli schemi grafici e delle tabelle non riproducibili a causa della svista tecnico-informatica posta dalla piattaforma.

10. – Col sesto motivo di appello Sodexo mira a stigmatizzare l'*error in iudicando* della pronuncia di prime cure in relazione alla reiezione dell'undicesimo motivo aggiunto per errata delibazione dello stesso (capi della decisione 26- 28): in sintesi, Sodexo critica l'asserita inattendibilità delle valutazioni dell'offerta presentata dalla contro-interessata con riferimento ai criteri di valutazione dell'offerta tecnica di cui ai numeri 1.1 ("*rapporto quantitativo e qualitativo del personale impiegato in funzione delle diverse fasi operative in ogni plesso*

scolastico” – in quanto mancherebbero all’appello i diagrammi di Gantt per tutti i plessi scolastici) e 1.3. (“*descrizione del processo operativo degli ulteriori centri cottura*” – giacché mancherebbero le modalità di svolgimento delle attività di pulizia e sanificazione dei due centri di cottura di emergenza indicati e delle modalità di manutenzione delle attrezzature e degli arredi) dell’art. 17.1 del disciplinare.

10.1. – Ai fini della disamina di merito giova richiamare il dettato del sub-criterio 1.1. che recitava “*Rapporto quantitativo e qualitativo del personale impiegato in funzione delle diverse fasi operative in ogni plesso scolastico. L’organizzazione del personale dovrà essere rappresentata mediante diagramma di Gantt. Tale criterio sarà valutato in relazione alle attività ed agli standard richiesti dal Capitolato, considerando il monte-ore complessivo offerto, il numero di addetti, e per ciascuno le mansioni e le responsabilità assegnate, l’inquadramento contrattuale a queste corrispondenti in applicazione del CCNL, l’orario di lavoro giornaliero ed il monte-ore settimanale*”.

Costituisce circostanza pacifica che la controinteressata abbia presentato solo quattro diagrammi di Gantt: la Commissione ha, infatti, complessivamente valutato l’offerta con 0,6 punti su 1, motivando nella specie “*sono inseriti solo diagrammi di Gantt esemplificativi, non risulta possibile verificare la puntuale organizzazione del servizio in tutti i plessi. La proposta consente però di verificare il rispetto dei rapporti di copertura del servizio previsti all’art. 7 del capitolato*”.

In altre parole, la presenza di un numero esiguo di diagrammi di Gantt - comunque rappresentativi per almeno un plesso scolastico per ciascuna tipologia di servizio - non ha inficiato la validità dell’offerta per l’assorbente ragione che essi non erano previsti dalla *lex specialis* a pena di esclusione, né ha pregiudicato ineluttabilmente la corretta rappresentazione dei rapporti di distribuzione del personale per l’ottimale organizzazione del servizio: la Commissione ha, infatti, potuto apprezzare tutti i dati salienti a tale scopo rappresentativo desumendoli dalla relazione tecnica (monte-ore complessivo offerto, il numero di addetti, e per ciascuno le mansioni e le responsabilità assegnate, l’inquadramento contrattuale a queste corrispondenti in applicazione del CCNL, l’orario di lavoro giornaliero ed il monte-ore settimanale) e sulla scorta di essi ha proceduto all’attribuzione del punteggio, la cui entità non appare irragionevole o abnorme.

Il profilo censorio si appalesa, dunque, insuscettibile di favorevole scrutinio.

10.2. – Analogamente, non è conferente il rilievo critico concernente la supposta erroneità valutativa dell’offerta di Euroristorazione con riguardo al criterio 1.3. “*descrizione del processo operativo degli ulteriori centri cottura*”.

A dire di Sodexo il *remand* all’intero processo produttivo di cui al precedente criterio 1.2. (v. pag. 8 della relazione tecnica di Euroristorazione, *sub* doc. 15) non sarebbe satisfattivo del criterio in quanto non inclusivo dei piani di pulizia e manutentivi.

Senonché, la doglianza è destituita di fondamento fattuale ponendo mente alla ricca e analitica articolazione del paragrafo della relazione tecnica dedicata al sub-criterio 1.2: Euroristorazione

dedica degli specifici sub-paragrafi titolati “*piano di sanificazione*” e “*piano di manutenzione*”, di tal ch  il richiamo al precedente paragrafo appare pi  che esauriente, giovandosi altres  della clausola di armonizzazione espressa (“*rinviamo al precedente Criterio 1.2 per la descrizione dell’intero processo produttivo che verr  gestito con le medesime modalit  armonizzandolo alle particolari caratteristiche del c.c. di Gallarate e delle attrezzature in esso present’*”).

10.3. – In definitiva, l’intera censura   infondata.

11. – Venendo al settimo motivo di appello, Sodexo deduce l’*error in iudicando* in relazione alla reiezione del primo e del secondo motivo di ricorso introduttivo per errata delibazione dello stesso (capi della decisione 9 - 11). A dire dell’appellante, con il criterio di valutazione di cui al punto 17.1 sarebbe stata introdotta la facolt  di presentare varianti al servizio oggetto di concessione, in contrasto con la previsione del bando di gara che non le autorizzava: ci  sarebbe desumibile dall’utilizzo dei termini “*proposte innovative*”, mentre mancherebbe l’indicazione, con riferimento al criterio n. 7, di quanto richiesto all’art. 95, comma 14, lett. b), d.lgs. n. 50/2016 per il caso in cui le stazioni appaltanti autorizzino o richiedano varianti.

11.1. – La censura si profila speciosamente capziosa visto che mira ad estrapolare un significato non perspicuamente riconducibile al tenore testuale del sub-criterio n. 7: non pu , infatti, essere revocato in dubbio che la locuzione “*proposte innovative e/o migliorative*” debba essere tenuta ontologicamente distinta dalla nozione di “*varianti*”, secondo la costante giurisprudenza amministrativa evocata dal primo giudice e da cui neanche il Collegio di appello ravvisa motivo per discostarsi. Invero, va ribadito che le migliorie 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 modificabilit  delle caratteristiche progettuali gi  stabilite dall’Amministrazione, mentre le varianti si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilit    necessaria una previa manifestazione di volont  della stazione appaltante; in tale prospettiva, le proposte migliorative consistono 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 (*cf. ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2024, n. 264).

Orbene, alla nozione di migliorie paiono agevolmente riconducibili le “*proposte che consentano all’Ente di conseguire vantaggi*” prese in considerazione al punto 7 dei criteri valutativi.

11.2. – Sia l’argomento letterale, sia quello sistematico depongono a favore dell’esegesi appena prospettata, vuoi perch  l’aggettivazione “*innovative*”   posta a m  di endiadi assieme a “*migliorative*” ponendosi su un piano di uniformit  ontologica, vuoi perch  la sistematica del bando era chiara nel precludere le varianti, indi lasciando spazio solo alle soluzioni migliorative. A tacitazione di ogni dubbio ermeneutico soccorre in questo caso il brocardo “*in claris non fit interpretatio*” alla stregua del quale deve essere applicata la *lex specialis* di gara,

confutando i funambolismi interpretativi prospettati dall'appellante.

12. – Con l'ottava censura, l'appellante denuncia l'*error in iudicando* in relazione alla reiezione del terzo motivo di ricorso introduttivo per errata delibazione dello stesso (capi della decisione 12-13). Secondo la tesi di Sodexo, ove con il criterio n. 7 la stazione appaltante avesse previsto la presentazione di semplici soluzioni migliorative, la procedura sarebbe, comunque, illegittima per mancanza di precisi criteri di valutazione.

12.1. – Il motivo di appello non coglie nel segno a mente del tenore testuale dell'art. 17.1 e 17.2 del disciplinare che regolano compiutamente l'oggetto e i criteri di valutazione: la prima disposizione delimita l'oggetto della valutazione ("*saranno valutate le proposte che consentano all'Ente di conseguire vantaggi e che il concorrente si impegna ad attuare senza oneri ulteriori né per l'Ente né per le famiglie degli utenti. Il concorrente dovrà indicare termini, tempi e modalità di attuazione. La Commissione assegnerà il punteggio considerando l'originalità, la pertinenza, l'attualità e la ricaduta sul servizio*"), mentre la successiva enuclea i coefficienti da utilizzare per esprimere il giudizio, variabili da 1 a zero (da eccellente, pari a 1, a negativo, pari a 0).

L'individuazione delle dimensioni qualitative dell'originalità, della pertinenza, dell'attualità e della ricaduta sul servizio delineano sufficientemente gli *item* valutativi e smentiscono la generica allegazione dell'appellante circa l'asserita mancanza di criteri valutativi.

13. – Il nono motivo di appello denuncia l'*error in iudicando* in relazione alla reiezione del quarto motivo del ricorso introduttivo per errata delibazione dello stesso (capi della decisione 14-15). Sodexo contesta il criterio di valutazione n. 8 "*coerenza complessiva dell'offerta tecnica*" (il quale prevede che "*sarà valutata la chiarezza, coerenza e la puntualità dell'offerta tecnica nel suo insieme in relazione a quanto prescritto nel capitolato tecnico prestazionale e nel disciplinare di gara*") atteso che esso si risolverebbe in una duplicazione della valutazione delle offerte.

13.1. – Il Collegio condivide l'argomentare del primo giudice: non appare, infatti, irragionevole la scelta di assegnare un punteggio aggiuntivo destinato a premiare la coerenza complessiva dell'offerta, né coglie nel segno l'addebito di duplicazione delle valutazioni. A ben vedere, questo sub-criterio si rivolge all'impianto complessivo dell'offerta, cogliendone e valorizzandone l'organicità e la tenuta globale e lasciando in disparte il pregio dei singoli elementi costitutivi dell'offerta.

*Ad abundantiam*, mette conto di rilevare che il motivo non sarebbe, comunque, sorretto da un interesse concreto, avendo la stessa appellante tratto beneficio dall'applicazione del criterio in parola con l'assegnazione della stessa aliquota di punteggio di Euroristorazione (ossia 1,80 punti).

13.2. – Il motivo deve essere, dunque, respinto.

14. – Da ultimo, con la decima censura Sodexo critica la pronuncia di prime cure ipotizzando l'*error in iudicando* in relazione alla reiezione del quinto motivo di ricorso introduttivo per errata



delibazione dello stesso (capi della decisione 16-18). A detta dell'appellante, il RUP avrebbe modificato la legge di gara, imponendo ai concorrenti la presentazione dell'offerta tecnica con modalità diverse da quelle previste dal disciplinare e dai manuali Sintel, richiamati dall'art. 15 del disciplinare; nella specie, avrebbe autorizzato la presentazione di due offerte distinte, una in formato testuale l'altra in formato grafico (con tabelle e diagrammi), violando il principio di unicità della proposta negoziale; avrebbe, altresì, violato i principi di segretezza e di immodificabilità dell'offerta poiché l'unica modalità tecnica idonea a garantire la certezza in ordine alla data e all'ora certa di predisposizione di un determinato documento sarebbe l'apposizione, non della firma digitale su di esso quanto, invece, della cd. marcatura temporale.

14.1. – La censura si palesa assai pretestuosa a mente del fatto che Sodexo ha avuto ben contezza del problema informatico e ha avallato l'espedito tecnico escogitato dal RUP. Sta di fatto che il RUP, per far fronte alla problematica, ha integrato le modalità di presentazione dell'offerta, prevedendo l'invio di un ulteriore file pdf, mediante la funzione "comunicazioni di procedura" su Sintel, tutto ciò lasciando impregiudicate le prerogative di segretezza e *par condicio* dei concorrenti e giammai sdoppiando le offerte come insinuerebbe Sodexo.

In buona sostanza, le modifiche apportate dal RUP sono lungi dall'essere significative, essendosi limitate alla semplice risoluzione di un ostacolo tecnico-informatico. Inoltre, l'offerta è rimasta sostanzialmente unitaria, visto che sono stati rimessi alla seconda modalità di riversamento tutti gli elementi grafici che non erano depositabili in prima battuta sulla piattaforma stessa. Deve, dunque, escludersi l'addebito di non veridicità delle attestazioni del RUP circa la conformità delle due offerte.

Restano indimostrate e meramente congetturali le allegazioni circa la violazione del principio di segretezza giacché, in concreto, l'operato del RUP non pare aver messo a repentaglio la *par condicio* dei concorrenti, tutti accomunati dal medesimo problema tecnico, né la segretezza dei plichi, la cui integrità è attestata dalla marcatura di firma digitale.

15. – Alla luce dell'intera disamina svolta, il gravame si appalesa infondato e deve essere conclusivamente respinto.

16. – Il regolamento delle spese del grado di giudizio segue la soccombenza e tiene conto della inosservanza dei principi di chiarezza e sinteticità in considerazione del fatto che la tecnica redazionale seguita dalla difesa dell'appellante, constando di numerose omissature e rinvii esterni nel perseguimento del mero rispetto formale del limite dimensionale, inficia nondimeno l'autosufficienza e l'intelligibilità dell'atto.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante alla rifusione in favore delle altre parti costituite delle spese di lite, che si liquidano nell'importo di euro 5.000,00 (cinquemila/00) ciascuna oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 maggio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Pescatore, Presidente FF

Nicola D'Angelo, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Luca Di Raimondo, Consigliere

Angelo Roberto Cerroni, Consigliere, Estensore

### **Guida alla lettura**

Con la pronuncia n. **6092** dello scorso **9 luglio 2024** la III Sezione del Consiglio di Stato si è pronunciata in merito alla **distinzione** intercorrente tra le “**proposte innovative e/o migliorative**” e le “**varianti**”.

Richiamando la giurisprudenza del Supremo Consesso amministrativo, va rilevato che: *“mentre le ‘migliorie’ possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall’Amministrazione, le ‘varianti’ si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante; in tale prospettiva, le **proposte migliorative consistono 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. ex multis, Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2024, n. 264; *Id.*, 3 agosto 2023, n. 7499; *Id.*, 21 giugno 2021, n. 4754).

A fronte delle cd. “soluzioni migliorative” la stazione appaltante possiede **ampia discrezionalità tecnica** in specie in merito alla valutazione dell’efficienza e alla rispondenza alle esigenze della stazione appaltante di tali innovazioni (non varianti) “*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*” (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2021, cit.).

Anche l'**ANAC** ha fornito chiarimenti in merito all'indicata distinzione, in specie con la **delibera del 27.04.2022, n. 211**. L'Autorità così si esprime: "*Relativamente alla differenza tra **proposte migliorative** (sempre ammesse) e **varianti** (soggette ad autorizzazione ai sensi dell'art. 95, comma 14, del D.Leg.vo 50/2016), secondo la giurisprudenza: - le proposte migliorative consistono 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 (si veda Sent. C. Stato 21/05/2020, n. 2969); - le varianti, invece, consistono in vere e proprie modifiche al progetto, la cui ammissibilità è rimessa alla stazione appaltante. Alla luce dei parametri sopra delineati, la distinzione tra le due categorie è identificabile nel **grado di profondità delle modifiche** proposte dall'operatore economico, che giungono a incidere sul progetto modificandolo dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale nel caso delle varianti, mentre sono limitate a singoli aspetti del progetto con la finalità di renderlo meglio rispondente alle esigenze della stazione appaltante senza modificarne le caratteristiche essenziali, nel caso delle proposte migliorative.*".