

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 5006 del 10 giugno 2025

Appalti di servizi – Divieto di commistione offerta tecnica ed economica – Errata presentazione file digitali – Configurabilità

Pubblicato il 10/06/2025

N. 05006/2025REG.PROV.COLL.

N. 00493/2025 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 493 del 2025, proposto da (...) S.r.l., (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentate e difese dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(...) S.p.a. - (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

(...) S.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna

(Sezione Seconda) n. 726 del 2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di (...) S.p.a. - (...);

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 maggio 2025 il Cons. Elena Quadri e udito per parti appellante l'avvocato (...) in delega dell'avv. (...);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso dapprima radicato avanti al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio e poi trasferito, per ragioni di competenza territoriale, avanti al Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna, le società (...) S.r.l. e (...) S.r.l. hanno impugnato il provvedimento di esclusione del costituendo Rti dalle stesse composto dal lotto 10 (Struttura territoriale dell'Emilia Romagna) dei 21 in cui era stata suddivisa la procedura aperta, da svolgersi in modalità telematica, indetta da (...) S.p.a. - (...) per l'affidamento in regime di accordo quadro dell'appalto dei servizi di prove di laboratorio e controllo della qualità dei materiali, delle lavorazioni e indagini geognostiche per attività di competenza della stazione appaltante.

Il Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna ha respinto il ricorso con sentenza n. 726 del 2024, appellata da (...) S.r.l. e (...) S.r.l. per i seguenti motivi di diritto:

I) *error in iudicando*; incompetenza – violazione dell'art 7, lett d), allegato 1.2 al d.lgs. n. 36 del 2023;

II) *error in iudicando*; violazione e falsa applicazione dell'art 101, comma 4, del d.lgs.

n. 36 del 2023; violazione dell'obbligo di predeterminazione dei criteri di valutazione: violazione dell'art 97 della Costituzione – violazione del principio di buona fede e correttezza – violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione – difetto assoluto di istruttoria;

III) *error in iudicando*; violazione e falsa applicazione dell'art 21 del disciplinare di gara – violazione del principio di buon andamento;

IV) *error in iudicando*; violazione dell'art 101, comma 3, del d.lgs. n. 36 del 2023: violazione del principio del risultato.

Si è costituita per resistere all'appello (...) S.p.a.;

Successivamente le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 22 maggio 2025 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto da (...) S.r.l. e (...) S.r.l. per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna n. 726 del 2024 che ha respinto il loro ricorso per l'annullamento dell'esclusione del costituendo Rti dalle stesse composto dal lotto 10 della procedura aperta, da svolgersi in modalità telematica, indetta da (...) per l'affidamento in regime di accordo quadro dell'appalto dei servizi di prove di laboratorio e controllo della qualità dei materiali, delle lavorazioni e indagini geognostiche per attività di competenza della stazione appaltante.

L'appalto è stato suddiviso in 21 lotti su base territoriale, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Le società (...) S.r.l. e (...) S.r.l., in costituendo Rti, hanno concorso, in competizione con altri quattro operatori economici, per l'assegnazione del lotto n. 10 - Struttura territoriale dell'Emilia Romagna. Il predetto costituendo Rti è stato tuttavia escluso dalla gara perché nella RDI (richiesta di informazioni) dedicata al soccorso correttivo ha inserito sia l'offerta tecnica, sia quella economica, con

conseguente violazione del principio di separazione delle due offerte.

Come si evince dal verbale REP. n. 36-2024 del 18 marzo 2024, la commissione di gara ha constatato che il costituendo Rti (...) S.r.l.- (...) S.r.l. ha allegato nella RDI dedicata al soccorso correttivo ex art. 101, comma 4, del d.lgs. n. 36 del 2023 - Busta Tecnica, il file denominato "PriceEnvelopeSummary", riportante la propria offerta economica e ne ha proposto, dunque, l'esclusione, ai sensi dell'art. 70, comma 4, del d.lgs. n. 36 del 2023, per mancata separazione dell'offerta economica dall'offerta tecnica.

Con nota U.0297683 del 9 aprile 2024, a firma del Responsabile dell'Unità Acquisti Servizi e Forniture, ai sensi dell'art 90, comma 1, del d.lgs. n. 36 del 2023, è stata comunicata l'esclusione dalla gara del costituendo Rti - proposta dalla Commissione giudicatrice - contestualmente alla avvenuta approvazione del RUP, nel presupposto *"della mancata separazione dell'Offerta economica dall'Offerta tecnica"*.

La sentenza ha respinto l'impugnazione dell'esclusione succitata ritenendo che: *"Il provvedimento di esclusione ... esiste, è stato adottato dal soggetto competente nell'esercizio delle proprie funzioni, con motivazione per relationem alla proposta della Commissione e data coincidente con quella dell'apposizione della firma digitale"* e che *"La circostanza per cui la gara si è svolta in modalità telematica e le due offerte state inserite sì in un'unica busta, ma digitale e non materiale, risulta ai fini che qui vengono in esame non rilevante, risultando comunque concretizzata quella commistione tra le offerte vietata dall'ordinamento e dalla legge di gara"*.

Con il primo motivo di gravame le appellanti hanno dedotto l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha respinto la censura concernente l'assunta incompetenza nell'adozione del provvedimento di esclusione, che sarebbe stato emesso dalla commissione giudicatrice invece che dal RUP, e della relativa comunicazione, a firma del Responsabile dell'Unità Acquisti, Servizi e Forniture.

Più specificamente, per le appellanti, ai sensi dell'art. 7, lett. d), dell'allegato 1.2 al d.lgs. n. 36 del 2023 (*"Compiti specifici del RUP per la fase di affidamento"*), il solo soggetto competente a disporre l'esclusione dalla gara sarebbe il Responsabile

Unico del Procedimento, che avrebbe dovuto adottare un motivato atto monocratico di esclusione del Rti dalla gara, risultando insufficiente la mera approvazione in calce al verbale della seduta della commissione giudicatrice in esito alla quale è stata deliberata la proposta di esclusione. Mancherebbe, secondo le appellanti, una reale attività provvedimentale ad opera del RUP, che compendi le risultanze istruttorie e rechi l'esclusione delle concorrenti.

Con il secondo motivo di appello si deduce l'erroneità della sentenza, che avrebbe dovuto accertare l'illegittimità dell'introduzione di modalità diverse per l'espletamento del soccorso correttivo, divenute nuovi criteri di valutazione dell'offerta.

Più in particolare, a seguito di un messaggio in piattaforma la commissione, in violazione dell'art. 101, comma 4, del d.lgs n. 36 del 2023 e in assenza di ogni specifica previsione nella *lex specialis*, nonché in violazione del fondamentale principio di predeterminazione dei criteri di presentazione e valutazione delle offerte, avrebbe utilizzato tale nuovo e diverso criterio per valutare la presentazione dell'offerta a pena di esclusione, attraverso l'espletamento del soccorso correttivo.

L'introduzione di una diversa modalità per l'espletamento del soccorso correttivo in assenza di una specifica previsione del disciplinare di gara (ovvero, in subordine, in attuazione di una previsione della *lex specialis* palesemente illegittima), avrebbe dettato modalità per l'esercizio del soccorso istruttorio correttivo diverse da quelle stabilite dalla legge, e avrebbe indotto in errore le odierne appellanti, conducendo la stazione appaltante ad individuare un'asserita violazione del principio di separazione dell'offerta tecnica da quella economica.

Con la terza doglianza le appellanti, evidenziando la natura telematica della procedura di gara, hanno dedotto l'erroneità della sentenza nell'avvalorare la commistione tra offerta tecnica ed economica e quindi la violazione del principio di separazione dell'offerta tecnica da quella economica, atteso che, nel caso di

specie, le due offerte sarebbero state inserite in un'unica cartella, ma digitale, rimanendo distinte in due file separati. In considerazione della natura digitale e non cartacea della procedura, l'amministrazione, per venire a conoscenza dell'offerta economica proposta dall'operatore prima di aver valutato quella tecnica, avrebbe dunque dovuto volutamente aprire il file corrispondente, e ciò non sarebbe avvenuto.

Con il quarto motivo di gravame le appellanti hanno dedotto l'erroneità della sentenza per avere omesso di statuire che, prima di disporre l'esclusione del Rti, (...) S.p.a. avrebbe dovuto attivare il soccorso istruttorio procedimentale al fine di sanare il vulnus che ha dato luogo al provvedimento impugnato.

L'appello è infondato.

Con riferimento all'assunta incompetenza nell'emanazione del provvedimento di esclusione, dall'esame della documentazione versata in atti risulta che il RUP ha firmato digitalmente il verbale della seduta riportante l'esclusione del Rti appellante, così approvando e ratificando l'esclusione proposta dalla commissione giudicatrice (cfr. pagina 13 del verbale REP. n. 36-2024 del 18 marzo 2024, in cui si legge che: *“il RUP approva l'esclusione per il Lotto 10 del Concorrente RTI (...) S.R.L. – (...) S.R.L.”*).

Sebbene il RUP si sia avvalso del supporto di altri soggetti, lo stesso ha adottato sostanzialmente la decisione finale sull'esclusione del Rti, avendo sottoscritto digitalmente il verbale riportante l'esclusione.

È poi irrilevante, come statuito in maniera condivisibile dalla sentenza appellata, che la comunicazione del provvedimento di esclusione sia avvenuta ad opera di un soggetto diverso dal RUP, anche se pur sempre riferibile alla stazione appaltante, atteso che la comunicazione non attiene alla fase di approvazione del provvedimento, ma a quella dell'efficacia, configurandosi quale incombenza necessario nel caso di provvedimento recettizio: *“dunque essa non deve necessariamente essere curata da chi ha adottato il provvedimento”* (cfr. sentenza appellata).

Non risulta persuasivo neppure il secondo motivo di appello, in quanto il costituendo Rti tra le appellanti non è stato escluso dalla gara per aver esercitato il soccorso istruttorio correttivo in una modalità diversa da quella stabilita dalla commissione giudicatrice, né per avere omesso di sanare il vizio per il quale il rimedio era stato attivato (mancanza di alcune sottoscrizioni digitali), ma per aver violato il principio di separazione dell'offerta tecnica da quella economica, inserendo la seconda nella stessa cartella (che equivale alla vecchia "busta cartacea") della prima.

Si condivide, quindi, quanto statuito dal giudice di primo grado, secondo cui: *"le modalità di espletamento del soccorso istruttorio correttivo dettate dalla Commissione giudicatrice non sono affatto divenute – come infondatamente sostenuto dalle deducenti - un criterio di valutazione dell'offerta (a ben vedere, mai valutata dalla Commissione), e nemmeno sono state trasformate in una causa non codificata di esclusione dalla gara"*.

Occorre osservare, infatti, che il par. 21 del disciplinare di gara ("Valutazione delle offerte tecniche ed economiche") dispone espressamente, in applicazione del principio di separazione tra l'offerta tecnica e quella economica, che: *"In qualsiasi fase delle operazioni di valutazione delle offerte tecniche ed economiche, la commissione giudicatrice provvede ad informare, tempestivamente, la Stazione Appaltante circa i casi di esclusione da disporre per le motivazioni sotto descritte: - mancata separazione dell'Offerta Economica dall'Offerta Tecnica, ovvero l'inserimento di elementi concernenti il prezzo in documenti contenuti nelle sezioni "RISPOSTA DI QUALIFICA" e "RISPOSTA TECNICA" della RDO; [...]"*.

Non si può asserire, dunque, che il Rti appellante è stato escluso dalla gara per una causa non prevista dalla legge di gara.

Anche il terzo motivo di gravame non merita accoglimento.

Vige, infatti, un generale principio di segretezza dell'offerta economica, che si concretizza nella separazione tra la fase di valutazione dell'offerta tecnica e quella dell'offerta economica, tale per cui, fino a quando non si sia conclusa la

valutazione degli elementi tecnici, è preclusa alla stazione appaltante la valutazione dell'offerta economica.

Nel caso di specie, in sede di RDI l'operatore economico ha caricato sulla piattaforma dedicata nella stessa cartella due file denominati "QualEnvelopeSummary" e "PriceEnvelopeSummary" riportanti, rispettivamente, l'offerta tecnica e l'offerta economica.

Il Collegio ritiene di dover confermare l'orientamento consolidato secondo cui il divieto di commistione tra le due offerte deve essere protetto anche a fronte di un semplice rischio di pregiudizio, poiché già la sola possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica prima di quella tecnica è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità della valutazione (*ex multis*, Cons. Stato, V, 1 marzo 2024, n. 2005; 24 gennaio 2019, n. 612; 20 luglio 2016, n. 3287).

Sebbene tale orientamento giurisprudenziale sia sorto con riferimento a casi in cui ancora poteva dirsi materiale e concreta la separazione tra le buste contenenti le due offerte, lo stesso risulta applicabile anche alle procedure di natura telematica.

Ad assumere rilievo, infatti, è anche solo il pericolo di pregiudizio, il quale risulta comunque idoneo a compromettere la garanzia di imparzialità della stazione appaltante, nei casi in cui la stessa possa avere facilmente accesso al file riportante l'offerta economica prima di avere aperto quella tecnica.

In particolare, la sentenza della sezione n. 2005 del 2024, riferita proprio ad una procedura di gara telematica, si è espressa da ultimo sulla possibilità che il divieto di commistione assuma un senso relativo e non assoluto, disattendendo la tesi degli allora ricorrenti, secondo i quali non avrebbe più senso di esistere la separazione materiale della busta tecnica da quella economica, ben potendo i singoli file rientrare in un'unica cartella, ormai digitale. Il Collegio, in quell'occasione, ha ribadito che il condizionamento della stazione appaltante rileva anche sotto il mero profilo potenziale, in quanto si permette comunque una possibilità di conoscenza dell'offerta economica prima dell'apertura di quella

tecnica.

Il medesimo indirizzo giurisprudenziale è stato, peraltro, confermato in un caso parzialmente analogo a quello odierno (Cons. Stato, IV, 24 gennaio 2022, n. 448) in cui, a seguito di un presunto malfunzionamento del sistema telematico di gestione della procedura, l'operatore economico si era premurato di trasmettere un riepilogo dell'offerta tramite PEC, ricomprendendo sia l'offerta tecnica che quella economica. Anche in tale occasione, il Collegio ha ribadito che il principio di segretezza dell'offerta economica fosse stato di fatto vulnerato, valorizzando così l'orientamento che mira a salvaguardare tale principio anche a fronte di una potenzialità di rischio.

Il rigore applicato si giustifica alla luce della natura peculiare del bene tutelato, che consiste nella segretezza dell'offerta economica e nella conseguente imparzialità dell'amministrazione nel valutare l'offerta maggiormente idonea al raggiungimento del risultato. La particolarità del bene giuridico protetto impone così che: *“la tutela si estenda a coprire, non solo l'effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio al medesimo”* (cfr. sentenza n. 3287 del 2016).

Anche nel caso di specie la commissione aveva la possibilità di aprire la busta (il file) contenente l'offerta economica prima di quella contenente l'offerta tecnica, anche se non lo ha fatto. Ciò basta a ritenere legittima l'esclusione.

Rileva, inoltre, nel caso di specie, il principio consolidato di autoresponsabilità degli operatori economici in sede di gara, secondo cui ciascuno dei concorrenti *“sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione”* (Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9). Tale orientamento è stato recentemente ribadito da questa sezione nella sentenza n. 2372 del 12 marzo 2024, con riferimento ad una procedura ad evidenza pubblica svoltasi, per l'appunto, mediante presentazione telematica dell'offerta. In tale occasione, il Collegio ha rammentato che: *“all'impresa che partecipa a pubblici appalti è richiesto un grado di professionalità e di diligenza superiore alla media: una diligenza che non*

riguarda solo l'esecuzione del contratto, ma anche le fasi prodromiche e genetiche, tra cui, in primo luogo quella della redazione degli atti necessari alla partecipazione alla gara”.

Con il quarto motivo di gravame, le appellanti hanno sostenuto che, prima di disporre l'esclusione del Rti, (...) S.p.a. avrebbe dovuto attivare il soccorso istruttorio procedimentale al fine di sanare il *vulnus* che ha dato luogo al provvedimento impugnato.

Anche tale censura non coglie nel segno, atteso che, al cospetto della violazione del principio di separazione tra le offerte tecnica ed economica, non vi era alcuno spazio per il soccorso istruttorio procedimentale, neppure alla luce del principio del risultato.

Il divieto di commistione tra offerta tecnica e offerta economica, infatti, è posto a tutela del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa, ai sensi dell'art. 97 della Costituzione, oltre che a presidio dei principi di trasparenza e di *par condicio* fra i concorrenti in gara, che permeano la disciplina dei contratti pubblici.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza appellata di reiezione del ricorso di primo grado.

Le spese di giudizio possono essere integralmente compensate fra le parti, sussistendone giusti motivi in relazione alle peculiarità della controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza appellata di reiezione del ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 maggio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Alberto Urso, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Marina Perrelli, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere

L'ESTENSORE

Massimo Santini

IL PRESIDENTE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO