

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 523 del 22 gennaio 2026

Appalti pubblici – Divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica – Sussiste anche in caso di gare da aggiudicare secondo il prezzo più basso

Publicato il 22/01/2026

N. 00523/2026REG.PROV.COLL.

N. 06662/2025 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 6662 del 2025, proposto da (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentato e difeso dagli Avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(...) S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Comune di (...), non costituito in giudizio;

Ministero (...), (...), Ministero (...), (...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

**per la riforma della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale
per il Lazio (Sezione Seconda) n. 14869/2025, resa tra le parti;**

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di (...) S.r.l., del Ministero (...), dell'(...), del Ministero (...) e della (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 gennaio 2026 il Cons. Francesca Picardi e uditi per le parti gli Avvocati (...) e (...):

Preso atto della domanda di passaggio in decisione senza discussione, presentata dall'Avvocato dello Stato (...);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. (...) s.r.l. ha impugnato la determina n. 162 del 2025, con cui il Comune di (...) l'ha esclusa dalla gara di appalto relativa ai lavori per la realizzazione di mense scolastiche (oggetto di finanziamenti PNRR), disponendone l'aggiudicazione alla (...) s.r.l., unitamente agli atti presupposti e collegati, tra cui gli artt. 10 e 15 del bando, nella parte in cui prevedono, a pena di esclusione, che la documentazione amministrativa non debba rendere palese alcun elemento dell'offerta economica.

Nel corso del giudizio ha proposto, inoltre, motivi aggiunti avverso il provvedimento n. 4383 del 2025, con cui il Comune ha confermato l'aggiudicazione, ed avverso la nota 4274 del 2025, con cui il Responsabile dell'Area tecnica del Comune di (...) ha inviato il R.u.p. ad assumere iniziative, stante la valenza interlocutoria della precedente nota di ritiro del provvedimento di aggiudicazione n. 3985 del 2025.

Nel giudizio, riassunto dinanzi al T.a.r. competente, si è costituita la (...) s.r.l., che ha proposto ricorso incidentale, con cui ha denunciato la carenza dei requisiti di

affidabilità professionale della ricorrente, l'incompletezza della dichiarazione dalla stessa resa ex art. 95 d.lgs. n. 36 del 2023, la violazione del principio del contraddittorio, perpetrata dalla nota n. 3985 del 2025 (ove qualificata come provvedimento).

Il T.a.r. per il Lazio, disposta l'estromissione della (...), ha parzialmente accolto il ricorso principale, mentre ha dichiarato in parte infondati ed in parte inammissibili i motivi aggiunti ed il ricorso incidentale della controinteressata.

Ad avviso del giudice di primo grado, essendo il criterio di aggiudicazione della procedura negoziata quello del minor prezzo, "in alcun modo la conoscenza anticipata da parte della S.A. del ribasso percentuale offerto da una o più delle imprese partecipanti avrebbe potuto compromettere l'imparzialità del giudizio della medesima e, per tale via, favorire l'impresa che avesse, come nella specie, inserito l'offerta economica nella stessa busta contenente la documentazione amministrativa ...esaurendosi l'attività della S.A. in un mero riscontro del possesso in capo ai soggetti partecipanti alla gara delle prescritte iscrizioni e attestazioni SOA, oltre che della completezza e regolarità della documentazione prodotta". Nella sentenza si è anche precisato che "in alcun modo le difese della resistente (...) e della società controinteressata hanno dimostrato, in concreto, l'incidenza negativa dell'erroneo inserimento dell'offerta economica nella documentazione amministrativa sul corretto svolgimento della procedura di gara" e che la valutazione della anomalia dell'offerta può svolgersi regolarmente anche ove, come nella fattispecie in esame, la Commissione giudicatrice abbia appreso, già in fase di apertura della documentazione amministrativa, il contenuto dell'offerta economica. Si è, pertanto, ritenuto che "il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 10 del d.lgs. n. 36 del 2023 osta alla previsione di requisiti di partecipazione che introducano eccessivi formalismi ovvero ingiustificate preclusioni alla partecipazione ed indebite restrizioni alla concorrenza tra le imprese", con conseguente nullità delle clausole 10 e 15 del bando (oggetto,

comunque, di specifica impugnazione), le quali prevedono una sanzione sproporzionata, irragionevole e lesiva del favor participationis per la violazione del divieto di commistione dell'offerta economica e della documentazione amministrativa.

Si è, però, rigettato il terzo motivo del ricorso principale, in quanto il bando tipo n. 1/2023 dell'ANAC si applica alle procedure di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'impugnazione della nota n. 4383 del 2025 è stata, invece, ritenuta inammissibile, in quanto atto meramente confermativo del provvedimento finale della gara, mentre quella della nota n. 4274 infondata, tenuto conto sia delle competenze istituzionali del R.u.p., sia dell'illegittimità del precedente atto di ritiro, adottato in violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990.

2. Avverso tale sentenza ha proposto appello la (...) s.r.l., che ha dedotto la violazione degli artt. 10, 94, 95 e 107 d.lgs. n. 36 del 2023, invocando il precedente di questo Consiglio n. 7113 del 2024.

Ad avviso dell'appellante, lo stesso art. 10 del d.lgs. n. 36 del 2023, su cui si fonda la decisione, consente alla P.A. di introdurre ulteriori clausole escludenti che possono scaturire dalla violazione delle regole sulla formazione dell'offerta previste dalla lex specialis, le quali, disciplinando un segmento successivo alla delimitazione della platea dei concorrenti, non sono limitative del favor participationis. Del resto, l'art. 107 del d.lgs. n. 36 del 2023 stabilisce che gli appalti sono aggiudicati previa verifica della conformità dell'offerta alle previsioni contenute nel bando o nell'invito a confermare l'interesse nonché nei documenti di gara. Né risulta violato il principio di proporzionalità, in quanto il divieto di inserire l'offerta economica nella busta contenente la documentazione amministrativa è un adempimento in sé non irragionevole né eccessivamente gravoso e, quindi, legittimo.

3. Nel giudizio di appello si sono costituiti l'(...), il Ministero (...), la (...) e la (...) s.r.l.

Quest'ultima ha concluso per l'inammissibilità ed infondatezza dell'appello principale, e con atto depositato in data 11 settembre 2025, ha proposto appello incidentale, deducendo:

1) l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha rigettato il terzo motivo di ricorso, con cui si è denunciata l'illegittimità della *lex specialis* nella parte in cui ha prescritto il divieto di inserimento di elementi economici nella documentazione amministrativa, ricalcando, senza alcuna motivazione, la clausola del bando tipo riferito a procedure da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

2) l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha rigettato i motivi aggiunti avverso la nota n. 4383 del 2025, che deve ritenersi nuovo provvedimento di aggiudicazione, stante l'annullamento del precedente;

3) e 4) l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha rigettato i motivi aggiunti avverso la nota n. 4274 del 2025, essendo irrilevante la mancata attivazione del contraddittorio nei confronti della controinteressata, visto che, da un lato, il contenuto del provvedimento di ritiro dell'aggiudicazione (n. 3985 del 2025) non avrebbe potuto essere diverso e che, dall'altro lato, il potere del R.U.P. si è consumato con l'espressione della originaria proposta.

4. All'udienza dell'11 settembre 2025 la sentenza è stata sospesa, tenuto conto, da un lato, della complessità delle questioni poste dall'appello principale e dall'appello incidentale e, dall'altro lato, della necessità di rispettare il termine del 31 marzo 2026 per l'esecuzione dei lavori (maggiormente garantita, alla luce della documentazione deposita, dall'appellante principale).

All'udienza del 2 ottobre 2025 è stata rigettata l'istanza, proposta dall'appellante incidentale, di revoca e modifica del provvedimento cautelare.

All'udienza del 15 gennaio 2026, previo scambio di ulteriori memorie, la causa è stata trattenuta in decisione.

Con memoria del 14 gennaio 2026 l'appellata ha chiesto dichiararsi

l'improcedibilità dell'appello principale per sopravvenuto difetto di interesse, stante la scadenza in data 15 dicembre 2025 dell'attestazione SOA in base a cui la controparte ha partecipato alla gara e la conseguente impossibilità per la stessa di conseguire o conservare l'aggiudicazione.

DIRITTO

5. In via preliminare occorre rilevare che l'eccezione di improcedibilità dell'appello principale per sopravvenuta carenza di interesse risulta fondata su un documento prodotto tardivamente, rispetto ai termini di cui agli artt. 73, 119 e 120 c.p.a., solo in data 14 gennaio 2026. A ciò si aggiunga che la circostanza dedotta non elimina l'interesse dell'appellante principale alla rimozione della sentenza che ha accolto il ricorso, incidendo la stessa su un segmento temporale successivo all'adottato provvedimento di aggiudicazione e dovendo, inoltre, essere verificata e valutata dall'Amministrazione procedente.

Pure deve precisarsi che la (...) risulta estromessa dal presente giudizio, che non riguarda, comunque, il bando Anac n. 1/2023, ma al più la riproduzione delle sue clausole nella lex specialis di gara.

6. L'appello principale è ammissibile e fondato.

6.1. In via preliminare occorre rilevare che nell'appello sono esposte, sebbene in modo sintetico, argomentazioni di dissenso relativamente alla sentenza impugnata, idonee ad integrare una specifica censura ai sensi dell'art. 101 c.p.a. In proposito è sufficiente rinviare al punto 2, in cui è stato riassunto il contenuto dell'atto dell'appello. L'appellante principale ha dedotto la erroneità della sentenza impugnata, stante la legittimità delle clausole del bando che, nel disciplinare le modalità di svolgimento della gara, hanno sancito, a pena di esclusione, il divieto di inserire l'offerta economica nella busta contenente la documentazione amministrativa – clausole che, secondo la prospettazione dell'appellante principale, non introducono un inammissibile requisito generale di partecipazione alla gara, diverso da quelli previsti dalla legge ed in contrasto con l'art. 10 del d.lgs. n. 36 del

2023, ma si limitano a regolamentare la presentazione dell'offerta, prevedendo un adempimento che non è né irragionevole né eccessivamente oneroso.

6.2. L'appello è fondato.

Nel caso di specie, il bando, all'art. 10, dopo aver descritto, in modo puntuale, il contenuto della busta A (documentazione amministrativa), precisa: "A pena di esclusione, la busta "A" – documentazione amministrativa – non dovrà rendere palese alcun elemento dell'offerta economica da presentare esclusivamente nella busta telematica "B" – offerta economica – da inserire nella sezione dedicata della piattaforma MEPA di Consip"; all'art. 15, stabilisce che la Commissione redige la graduatoria, previa esclusione delle offerte in cui risultino inseriti elementi concernenti il prezzo nella documentazione amministrativa; delle offerte parziali, plurime, condizionate, alternative oppure irregolari in quanto non rispettano i documenti di gara, ivi comprese le specifiche tecniche, o anormalmente basse; delle offerte inammissibili per la ritenuta sussistenza degli estremi per l'informativa alla Procura della Repubblica per reati di corruzione o fenomeni collusivi o perché in aumento rispetto all'importo a base di gara.

In applicazione di tali clausole, la (...) s.r.l. è stata esclusa dalla procedura, che si è conclusa con l'aggiudicazione in favore della (...) s.r.l.

Il provvedimento di esclusione trova la sua giustificazione, pertanto, nelle clausole del bando, espressamente impugnate in questa sede e ritenute illegittime dal giudice di primo grado per contrasto con l'art. 10 del d.lgs. n. 36 del 2023, "che osta alla previsione di requisiti di partecipazione che introducano eccessivi formalismi ovvero ingiustificate preclusioni alla partecipazione ed indebite restrizioni alla concorrenza". Più precisamente, le clausole de quibus limiterebbero irragionevolmente il favor participationis, visto che, essendo il criterio di aggiudicazione della procedura negoziata quello del prezzo più basso di cui all'art. 50, comma 4, d.lgs. n. 36 del 2023 e non essendoci, pertanto, alcuna offerta da valutare discrezionalmente, la conoscenza anticipata da parte della stazione

appaltante del ribasso percentuale offerto non può comprometterne l'imparzialità di giudizio, mentre resta possibile la verifica dell'anomalia dell'offerta.

Tali conclusioni non sono condivisibili.

Questo Consiglio ha già chiarito (in un precedente in cui il criterio dell'aggiudicazione era quello del prezzo più basso e le clausole del bando erano state specificamente impugnate: Cons. Stato, Sez. V, 13 agosto 2024, n. 7113), che: la tassatività delle cause di esclusione di cui agli artt. 94 e 95 del d.lgs. n. 36 del 2023, sancita dall'art. 10, comma 2, non esclude che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese (art. 10, comma 3);

l'art. 107 del d. lgs. n. 36 del 2023 stabilisce che gli appalti sono aggiudicati previa verifica, fra l'altro, che "l'offerta è conforme alle previsioni contenute nel bando di gara o nell'invito a confermare l'interesse nonché nei documenti di gara".

Si è, quindi, esclusa la nullità, ai sensi dell'art. 10, comma 2, del d.lgs. n. 36 del 2023, della lex specialis che impone, a pena di esclusione, il divieto di commistione tra documentazione amministrativa e offerta economica.

Non vi è ragione di discostarsi da tale arresto.

In questa sede è sufficiente evidenziare che, anche laddove il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso e, quindi, sia assente una valutazione discrezionale dell'offerta tecnica, alla Commissione giudicatrice possono ugualmente essere demandate operazioni di verifica della regolarità della documentazione amministrativa, le cui valutazioni possono essere condizionate dalla previa conoscenza degli elementi economici dell'offerta.

In particolare, nel caso di specie, l'art. 11 del bando dispone che la busta "B", contenente l'offerta economica, non sarà aperta nel caso in cui già il contenuto della busta "A" sia considerato dalla Commissione errato o comunque privo dei requisiti prescritti ai fini dell'ammissione alla gara. Proprio in considerazione di tali operazioni preliminari di verifica della regolarità della documentazione amministrativa, rispetto alle quali la previa conoscenza dell'offerta economica può assurgere ad elemento di condizionamento, il divieto di commistione degli elementi economici dell'offerta con la documentazione amministrativa risulta pienamente giustificato. Si tratta, peraltro, di adempimento formale il cui rispetto non risulta né gravoso né oneroso per gli operatori economici, per cui la sanzione dell'esclusione, in caso di una sua ingiustificata violazione, non è affatto sproporzionata, ma, al contrario, risponde ai principi dell'auto-responsabilità e della par condicio.

Nella fattispecie in esame, del resto, l'originaria ricorrente non ha allegato alcuna causa idonea a giustificare la violazione delle regole procedurali, rispettate dagli altri operatori economici.

Né possono invocarsi, a sostegno di una diversa soluzione, il principio del favor participationis o del risultato, posto che, da un lato, la regola procedurale del divieto di commistione tra documentazione amministrativa ed offerta economica non impedisce affatto la partecipazione degli operatori economici alla gara, semplicemente imponendo un onere privo di costi, congruo e facile da adempiere, e, dall'altro lato, il risultato deve essere raggiunto nel rispetto delle regole di svolgimento della gara, proprio per non intaccare la fiducia e la par condicio.

In definitiva, le clausole del bando, che impongono, a pena di esclusione, il divieto di commistione tra documentazione amministrativa e offerta economica, non sono nulle, non ricadendo nel divieto di cui all'art. 10, comma 2, del d.lgs. n. 36 del 2023, né presentano caratteri di illegittimità per irragionevolezza, in quanto impongono agli operatori economici un onere che non è eccessivamente gravoso,

il cui rispetto non collide con il favor participationis ed assicura l'imparzialità e la par condicio, in quanto strumentale ad evitare condizionamenti nello svolgimento delle operazioni preliminari di verifica, demandate alla Commissione giudicatrice, relativamente agli operatori economici che si siano già determinati a partecipare alla gara.

7. L'appello incidentale va, invece, rigettato.

7.1. In ordine al primo motivo di appello incidentale, con cui si è denunciata l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha rigettato il terzo motivo di ricorso, avente ad oggetto l'illegittimità della lex specialis nella parte in cui ha prescritto il divieto di inserimento di elementi economici nella documentazione amministrativa, ricalcando, senza alcuna motivazione, la clausola del bando tipo riferito a procedure da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è sufficiente osservare che gli atti amministrativi generali, quali il bando di gara, non richiedono una motivazione, come si desume dall'art. 3, comma 2, della legge n. 241 del 1990.

7.2. In ordine agli altri motivi dell'appello incidentale, con cui si è denunciata l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha rigettato i motivi aggiunti avverso la determina n. 4383 e quella n. 4274 del 2025 (ovvero avverso la determinazione con cui l'originario annullamento in autotutela del provvedimento di aggiudicazione è stato qualificato dal suo autore e, cioè, dal responsabile dell'area tecnica del Comune quale mero atto procedimentale, con valore di proposta a. r.u.p., ed avverso la successiva determinazione con cui il r.u.p. ha confermato la originaria aggiudicazione), a prescindere da ogni altra considerazione, dall'accertata legittimità dell'esclusione e dell'aggiudicazione dei lavori alla controinteressata, conseguente all'accoglimento dell'appello principale ed al conseguente rigetto del ricorso introduttivo, deriva l'infondatezza della tesi difensiva dell'appellante incidentale secondo cui risulterebbe doveroso e necessario l'annullamento in autotutela dell'esclusione e dell'aggiudicazione alla controinteressata, per cui, come

correttamente affermato nella sentenza impugnata, l'atto di autotutela risulterebbe illegittimo per la dedotta violazione del principio del contraddittorio (essendo stato adottato senza alcuna comunicazione alla controinteressata) – illegittimità che si ripercuote su tutti gli atti successivi.

8. In conclusione, l'appello principale deve essere accolto, mentre quello incidentale deve essere rigettato ed, in parziale riforma della sentenza impugnata, deve essere rigettato il ricorso originario.

Le spese dei due gradi di giudizio devono essere integralmente compensate tra tutte le parti, sussistendo orientamenti giurisprudenziali contrastanti sulla questione oggetto della controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello principale ed incidentali proposti, accoglie l'appello principale ed, in parziale riforma della sentenza impugnata, rigetta il ricorso introduttivo; rigetta l'appello incidentale.

Dichiara integralmente compensate tra le parti le spese dei due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 gennaio 2026 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

Francesca Picardi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Francesca Picardi

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO