

L'INVIO CONTESTUALE A MEZZO PEC DELL'OFFERTA TECNICA E DELL'OFFERTA ECONOMICA NON DETERMINA AUTOMATICAMENTE L'ESCLUSIONE DEL CONCORRENTE

[Cons. Stato, sez. V, 11.9.2023 n. 8243](#)

Massime (segue testo)

<<In proposito si è affermato in giurisprudenza che il principio della segretezza dell'offerta economica è a presidio dell'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), *sub specie* di trasparenza e *par condicio* dei concorrenti, e che la peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica impone che la tutela copra non solo l'effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio, di modo che “*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*” (così Cons. Stato, V, 24 gennaio 2019, n. 612, che cita, a riscontro, id., V, 20 luglio 2016, n. 3287 ed altre precedenti).

L'affermazione di principio è pienamente condivisibile se riferita alla violazione del divieto di commistione tra offerta tecnica ed offerta economica, come sopra inteso (come in Cons. Stato, V, 24 ottobre 2022, n. 9047 e id., V, 16 agosto 2022, n. 7147), perché essa comporta necessariamente (senza ulteriore dimostrazione) la conoscenza *effettiva* di elementi economici (in quanto contenuti nell'offerta tecnica), ma non è per intero applicabile al caso di elementi dell'offerta economica o dell'intera offerta economica che si assumono conosciuti per via diretta.

In tale seconda eventualità, la conoscenza effettiva dell'entità dell'offerta economica (o di suoi significativi elementi) e, quindi, la violazione del principio di segretezza dell'offerta economica, va dimostrata dalla parte che la sostiene (cfr. in tal senso sull'onere della prova, in un caso analogo attinente all'asserita violazione del principio di segretezza dell'offerta tecnica, Cons. Stato, V, 26 aprile 2023, n. 4194).

Infatti, la norma giuridica di riferimento è contenuta nell'art. 52, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016 (secondo cui *“In tutte le comunicazioni, gli scambi e l'archiviazione di informazioni, le stazioni appaltanti garantiscono che l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione siano mantenute. Esse esaminano il contenuto delle offerte delle domande di partecipazione soltanto dopo la scadenza del termine stabilito per la loro presentazione.”*), sicché la sua violazione deve risultare obiettivamente dagli atti del procedimento.

Pertanto, non è corretta in diritto l'affermazione della sentenza appellata secondo cui, nel caso di specie, si potrebbe prescindere dal concreto comportamento della commissione giudicatrice (o anche della stazione appaltante) e non sarebbe rilevante *“che la commissione giudicatrice abbia o meno effettivamente visionato i contenuti dell'offerta economica prima di avere concluso quella tecnica”*.

Sarebbe stato invece onere della ricorrente Esperia dimostrare che la stazione appaltante o la commissione giudicatrice avessero violato, la prima, il dovere di riservatezza e, la seconda, la segretezza dell'offerta economica>>

Pubblicato il 11/09/2023

N. 08243/2023REG.PROV.COLL.

N. 00156/2023 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 156 del 2023, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Barbara Frateiacchi, Graziano Pungi', Francesco Antonio Romito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Esperia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Sergio Caracciolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Appia Nuova, 225;

nei confronti

Provincia di Biella, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Pavirani, Antonella Montanari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Comune di Gaglianico, non costituito in giudizio;

per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda) n. 01218/2022, resa tra le parti, concernente appalto avente CIG 9240834175.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Esperia S.r.l. e della Provincia di Biella;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 giugno 2023 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Frateiacchi, Vagnucci su delega di Caracciolo, Montanari;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte ha accolto il ricorso proposto da Esperia s.r.l. contro la Provincia di Biella e nei confronti della -OMISSIS- per l'annullamento dell'aggiudicazione a quest'ultima della procedura per l'affidamento in concessione dell'organizzazione, gestione ed amministrazione del servizio di asilo nido del Comune di Gaglianico per bambini da sei mesi a tre anni, con durata triennale e facoltà di rinnovo per un ulteriore triennio (fino al 31 agosto 2028), per un valore complessivo di euro 2.632.591,92, incluso il rinnovo contrattuale.

1.1. Il gravame era stato affidato a tre motivi: il primo, riguardante la violazione del principio di segretezza dell'offerta economica; il secondo, i punteggi assegnati all'offerta tecnica della controinteressata; il terzo, l'omessa dichiarazione di vicende penali rilevanti ai fini della sussistenza della causa escludente del grave illecito professionale.

1.2. Il tribunale ha accolto il primo motivo e dichiarato assorbiti i restanti.

1.3. Annullata l'aggiudicazione, ha altresì dichiarato l'inefficacia del contratto stipulato nelle more e riconosciuto il diritto al subentro della ricorrente, con decorrenza fissata al trentesimo giorno dalla pubblicazione della sentenza.

1.4. Le spese processuali sono state regolate secondo il criterio della soccombenza e poste a carico della Provincia di Biella e della -OMISSIS- ed a favore della parte ricorrente.

2. Avverso la sentenza la -OMISSIS- ha proposto appello con due motivi, il secondo dei quali subordinato al mancato accoglimento del primo.

2.1. Esperia s.r.l. si è costituita per resistere all'appello ed ha riproposto i motivi non esaminati in primo grado.

La Provincia di Biella si è invece associata al gravame.

2.2. Con ordinanza cautelare del 27 gennaio 2023, n. 322 è stata accolta l'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza appellata.

2.3. All'udienza del 22 giugno 2023 la causa è stata discussa e assegnata a sentenza, previo deposito di memorie e repliche.

3. Premesso che la procedura era stata espletata senza ausilio di una piattaforma telematica di negoziazione, essendo stato previsto l'invio della documentazione di gara e delle offerte tecniche ed economiche a mezzo pec, secondo una precisa scansione temporale indicata, in parte, nel documento denominato "timing di gara" allegato al bando e, per gli adempimenti successivi all'invio della documentazione amministrativa, comunicata direttamente dalla S.U.A. ai concorrenti in corso di gara, la ricorrente Esperia, col primo motivo del ricorso di primo grado (*"violazione e falsa applicazione dell'art.15 del bando di gara e dell'allegato timing di gara oltre che del principio di segretezza dell'offerta economica di cui all'art.30 del D. L.vo n.50/2016. Violazione e falsa applicazione dei principi dell'autovincolo, di par condicio e non discriminazione tra concorrenti, eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e in particolare sviamento di potere"*), aveva denunciato la violazione del principio di

segretezza delle offerte, poiché l'aggiudicataria aveva inviato contemporaneamente via pec, nella medesima finestra temporale e con *files* liberamente consultabili, sia l'offerta tecnica che quella economica.

3.1. Il Tribunale amministrativo regionale, ricostruiti il contenuto della *lex specialis* e le modalità ivi previste per la trasmissione della domanda di partecipazione alla gara e delle diverse componenti dell'offerta, ha accolto il motivo, osservando che:

- malgrado la Provincia di Biella avesse indicato la finestra temporale per la trasmissione della sola offerta tecnica, la -OMISSIS-, con un'unica pec del 28.06.2022, aveva trasmesso le "buste" B e C – ovvero i *files* dell'offerta tecnica e dell'offerta economica – firmate e marcate temporalmente;

- le modalità di trasmissione adottate in concreto dalla controinteressata erano illegittime, in quanto, rendendo disponibile alla commissione l'offerta economica contestualmente a quella tecnica ed essendo i relativi *files* liberamente accessibili, violavano il fondamentale principio di separazione tra l'offerta tecnica e quella economica in forza del quale fino a quando non si sia conclusa la valutazione degli elementi tecnici e l'attribuzione dei relativi punteggi, è interdetta alla commissione giudicatrice la conoscenza di quelli economici, per evitare ogni possibile influenza sull'apprezzamento dei primi;

- nel caso di specie, al contrario, l'invio in un'unica pec dei due *files* dell'offerta tecnica ed economica aveva reso possibile l'anticipata conoscenza dello sconto praticato dal concorrente, poiché non vi erano impedimenti all'apertura dei *files* medesimi, né strumenti che consentivano di tenerne traccia o di ricostruire il momento in cui gli stessi erano visionati (tali non essendo la firma digitale e la marcatura temporale);

- la trasmissione delle offerte neppure era stata prevista presso una casella di posta elettronica certificata appositamente dedicata allo svolgimento della procedura di

gara, con accesso limitato, ma all'indirizzo istituzionale dell'ente a cui potevano accedere potenzialmente più soggetti;

- non vi era alcuna oggettiva certezza che l'offerta economica fosse rimasta ignota fino alla conclusione della fase di valutazione dell'offerta tecnica, poiché la procedura adottata dalla stazione appaltante – a prescindere dal concreto comportamento della commissione, che non era in discussione – avrebbe potuto garantire la separazione tra le due fasi soltanto a condizione che i concorrenti avessero rispettato il “timing di gara” e, dunque, trasmesso separatamente prima l'offerta tecnica poi quella economica;

- in detta prospettiva, non era rilevante che la commissione giudicatrice avesse o meno effettivamente visionato i contenuti dell'offerta economica prima di aver concluso l'esame di quella tecnica, perché la peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di segretezza impone che la tutela copra non solo l'effettiva lesione dello stesso, ma anche il semplice rischio di pregiudizio.

3.1.1. Da quanto sopra il tribunale ha tratto la conclusione che *“Il vizio che viene in rilievo, ..., inficia a monte lo svolgimento della procedura di gara e non lascia alcun margine per garantire la non conoscibilità dell'offerta economica prima dell'esame della proposta tecnica, così attualizzando il rischio di una potenziale violazione del principio di segretezza dell'offerta”*.

3.1.2. Relativamente alle difese dell'amministrazione resistente e della -OMISSIS- secondo cui il rispetto del termine per la presentazione delle offerte non era previsto a pena di esclusione con conseguente violazione del principio di tassatività delle cause escludenti, il giudice di primo grado ha ritenuto che l'esclusione dell'offerta discendeva, in questo caso, direttamente dalla violazione del principio di segretezza dell'offerta economica e dal conseguente rischio, anche solo potenziale, di pregiudicare la garanzia di imparzialità delle scelte della commissione. Ha poi evidenziato *ad abundantiam* come la legge di gara contenesse *“chiari riferimenti nel senso della inderogabilità del principio in questione e della conseguente*

estromissione dalla procedura del concorrente che incorra nella sua violazione”, desumibili dal tenore dell’art. 15 del bando e della determina della Provincia di Biella n. 989 dell’1 luglio 2022 di nomina della commissione giudicatrice (che aveva previsto tra le ipotesi di esclusione “*la mancata separazione dell’offerta economica dall’offerta tecnica*”).

3.2. Col primo motivo di appello (*Error in iudicando; erroneità della sentenza gravata nella parte in cui ha ritenuto fondato il primo motivo del ricorso di primo grado; violazione e falsa applicazione dell’art. 15 del bando di gara; violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 52 e 58 del d.lvo n. 50/2016; violazione e falsa applicazione del principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica; violazione e falsa applicazione del divieto di commistione e di violazione del principio di segretezza dell’offerta economica; violazione e falsa applicazione del principio di tassatività e del principio del favor participationis*), la -OMISSIS- deduce che l’art. 15 del bando prevedeva quale unica causa di esclusione il mancato rispetto del termine perentorio del 22 giugno 2022 per la firma digitale e la marcatura temporale dei file delle offerte (cioè la “chiusura della busta”), non anche il mancato rispetto del “timing di gara” per l’invio a mezzo pec delle offerte e nemmeno la presentazione delle offerte, già firmate e marcate digitalmente, in unica finestra temporale. Ribadisce quindi che ciò che conta è la completezza dell’offerta e l’integrità del plico, proprio quale elemento sintomatico del principio di segretezza (nonché di *par condicio*) ed inviolabilità, come da precedente dello stesso T.a.r. Piemonte citato in ricorso (n. 216/2018), riguardante un caso analogo (nel quale, per di più, il giudice amministrativo aveva dichiarato illegittima la legge di gara nella parte in cui sanzionava con esclusione la violazione del “timing di gara”). Sottolinea che l’offerta è stata inviata unicamente alla stazione appaltante, senza che vi siano elementi per ritenere che la commissione abbia potuto conoscerne gli elementi economici, con conseguente condizionamento nel giudizio e alterazione dell’imparzialità valutativa, tanto più che ai sensi dell’art. 52, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016 le stazioni appaltanti hanno l’obbligo di garantire la

segretezza delle offerte e delle domande di partecipazione. Evidenzia, in fatto, che dai verbali del 5 e del 13 luglio 2022 si evince che la commissione nella seduta del 5 luglio 2022 ha preso atto delle offerte tecniche e solo nella seduta del 13 luglio 2022 delle offerte economiche, attestando che nessuna conoscenza di queste ultime c'è stata nell'ambito della valutazione delle offerte tecniche (come peraltro confermato dalle dichiarazioni di tutti i componenti della commissione di gara di non aver aperto il *file* dell'offerta economica della -OMISSIS-, prodotte in giudizio dalla stazione appaltante).

3.2.1. In relazione alle affermazioni del T.a.r. sulla irrilevanza del fatto che la commissione avesse o meno visionato i contenuti dell'offerta economica, l'appellante richiama dei precedenti di questo Consiglio di Stato riguardo all'esigenza di condurre un'indagine sull'effettiva e concreta conoscenza dei contenuti economici dell'offerta (sentenza n. 4342/2019 e ordinanza n. 3793/2021), senza che possa rilevare il semplice rischio di pregiudizio, come ritenuto invece dalla sentenza gravata.

In relazione all'ulteriore affermazione che l'invio delle offerte per pec non garantirebbe la piena tracciabilità delle varie fasi e operazioni procedurali, l'appellante sostiene che il *file*, firmato e dotato di marcatura temporale, all'atto della sua apertura lascia una traccia nel *log* di sistema dell'amministrazione ricevente che consente di verificare la data e l'ora in cui il *file* è stato aperto (come sarebbe stato possibile fare anche rispetto al *file* dell'offerta economica della -OMISSIS-; tanto più che l'indirizzo pec di destinazione era specificamente dedicato alla gestione delle gare, diverso quindi da quello istituzionale della Provincia di Biella). Ancora, secondo l'appellante, sarebbe dirimente che alla gara abbiano partecipato due sole concorrenti ammesse entrambe alla fase di valutazione delle offerte e che nel concreto il ribasso della -OMISSIS- era inferiore (5%) a quello operato da Esperia (7%).

3.2.2. L'appellante censura infine la sentenza in merito all'affermazione conclusiva, secondo cui anche se non previsto espressamente a pena di esclusione, il rispetto del "timing di gara" è da considerare comunque adempimento essenziale la cui osservanza è posta a pena di esclusione. Secondo la Cooperativa, si tratterebbe di affermazione in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, di gerarchia degli atti di gara oltre che della interpretazione degli stessi e del principio del *favor participationis*.

Aggiunge che, ferma restando la prevalenza delle previsioni del bando di gara (che non stabiliscono detta causa di esclusione), l'interpretazione della determina n. 989 dell'1 luglio 2022 da parte del giudice di prime cure è contrastante con l'effettivo contenuto del provvedimento.

3.3. Il motivo di appello è fondato.

3.3.1. La legge di gara ha previsto quale unica causa di esclusione il mancato rispetto del "timing di gara" per l'apposizione della firma digitale sui tre *files* (busta amministrativa, tecnica ed economica) delle componenti dell'offerta, mentre non è prevista l'esclusione per l'inosservanza delle finestre temporali di invio di ciascun *file*.

3.3.2. Essendo ciò incontestato, così come è incontestato che la -OMISSIS- ha inviato con un'unica pec due distinti *files* (rispettivamente contenenti l'offerta tecnica e l'offerta economica), l'assunto della ricorrente Esperia, condiviso dal primo giudice, è che l'esclusione consegua alla violazione del principio di segretezza delle offerte, del quale è espressione "il fondamentale principio di separazione dell'offerta tecnica e quella economica" (secondo quanto esposto in sentenza, punto 10).

Ferma restando l'affermazione di entrambi i principi, si ritiene che non siano stati correttamente applicati nel caso di specie.

In particolare, il secondo dei due è stato affermato in giurisprudenza in relazione a casi nei quali, a seguito dell'inserimento di elementi economici nell'offerta tecnica -

che fossero stati perciò effettivamente conosciuti dai commissari al momento della valutazione dell'offerta tecnica, quindi in anticipo rispetto all'apertura dell'offerta economica - si è reputata compromessa, insieme alla segretezza dell'offerta economica, la genuinità della valutazione dell'offerta tecnica.

La giurisprudenza consolidata - che pienamente si condivide - afferma in proposito che il principio di separazione tra offerta tecnica e offerta economica (declinato anche come c.d. divieto di commistione delle offerte) risponde alla finalità di garantire la segretezza dell'offerta economica (cfr. già Cons. Stato, VI, 22 novembre 2012, n. 5928), dovendosi perciò evitare che l'offerta tecnica contenga elementi che consentano di ricostruire, nel caso concreto, l'entità dell'offerta economica (cfr., tra le altre, Cons. Stato, V, 24 gennaio 2019, n. 612 e id., V, 25 giugno 2019, n. 4342). Coerente con detta finalità è l'affermazione giurisprudenziale secondo cui il divieto non va inteso in senso assoluto (impedendo cioè l'indicazione di qualsivoglia elemento a contenuto economico), bensì relativo (in modo da consentire l'inclusione di singoli elementi economici che siano resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché non facenti parte dell'offerta economica o comunque aventi portata marginale: cfr. già Cons. Stato, V, 12 novembre 2015, n. 5181), con indagine da condurre in concreto, verificando l'attitudine dello specifico elemento divulgato a rendere effettivamente percepibile il contenuto dell'offerta economica (cfr. V, 28 giugno 2021, n. 4871; 29 aprile 2020, n. 2732; nello stesso senso, Id., V, 16 agosto 2022, n. 7147; 14 marzo 2022, n. 1785; III, 3 dicembre 2021, n. 8047, citate da Cons. Stato, V, 27 ottobre 2022, n. 9187).

Anche inteso in tale ultimo senso, il divieto di commistione tra le offerte — immanente al sistema della procedura aperta da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (cfr. Cons. Stato, V, 14 dicembre 2018, n. 7057) — presuppone che si abbia un'obiettiva interferenza tra l'aspetto

tecnico e quello economico dell'appalto posto a gara, in ragione dell'inserimento di elementi economici nell'offerta tecnica idonei a permettere alla commissione giudicatrice di apprezzare prima del tempo la consistenza e la convenienza dell'offerta (Cons. Stato, V, 2 agosto 2021, n. 5645; 17 maggio 2021, n.3833; 29 aprile 2020, n. 273; 11 giugno 2018, n. 3609; III, 3 dicembre 2021, n.8047; 26 marzo 2021, n. 2581; 9 gennaio 2020, n. 167; 12 luglio 2018, n. 4284;3 aprile 2017, n. 1530, citate da ultimo da Cons. Stato, V, 24 ottobre 2022, n. 9047).

Tuttavia, la giurisprudenza appena richiamata -che si condivide- è riferita a casi in cui, come detto, la lettura dell'offerta tecnica, effettuata come di regola prima di quella dell'offerta economica, sia atta a disvelare dati economici incidenti –secondo il giudizio da esprimersi *in concreto*- sulla conoscenza e/o valutazione dell'offerta economica e quindi a determinare –anche solo *potenzialmente*- lo sviamento nel giudizio dell'offerta tecnica, compromettendo la garanzia di imparzialità di tale valutazione.

3.3.3. La situazione procedurale oggetto del presente contenzioso è diversa da quella oggetto dei menzionati precedenti.

La *quaestio iuris* posta dal ricorso di Esperia non attiene direttamente, come ritenuto dal tribunale, al principio di separazione dell'offerta tecnica da quella economica, poiché non è affatto contestato che l'offerta tecnica della -OMISSIS- contenesse elementi che consentissero di ricostruire l'entità dell'offerta economica dell'aggiudicataria.

Non sono poi in discussione alterazioni o modifiche dell'offerta tecnica od economica della -OMISSIS-, anche in ragione del fatto che le offerte sottoscritte digitalmente sono immodificabili (cfr. anche Cons. Stato, V, 1 marzo 2021, n. 1700) ed è dimostrato che l'aggiudicataria ha sottoscritto digitalmente tutti i *files* contenenti le diverse componenti dell'offerta entro il termine perentorio fissato dal bando.

3.3.4. Piuttosto, il *thema decidendum* riguarda un diverso profilo del detto principio di segretezza dell'offerta economica, dal momento che Esperia ne assume la violazione, a prescindere dal contenuto dell'offerta tecnica della -OMISSIS-, a causa della contemporanea presentazione con unica pec delle "buste" (*files*), contenenti rispettivamente l'offerta tecnica e quella economica.

Così posta la questione, e constatato che l'offerta economica era contenuta in una "busta" (*file*) separata dagli altri elementi (documentazione amministrativa e offerta tecnica), è rilevante e decisivo, contrariamente a quanto ritenuto in sentenza, che il rispetto dei tempi di invio delle offerte non fosse previsto dalla legge di gara come causa di esclusione.

L'art. 15 del bando (*Modalità di presentazione e la formulazione dell'offerta*) - che è stato valorizzato in sentenza nella parte in cui prevede che la trasmissione delle offerte dovesse avvenire "*esclusivamente durante la successiva fase di apertura temporale*" - non è interpretabile come riferito, per tale parte, ad una causa di esclusione, poiché se ne dovrebbe ritenere la previsione implicita, in violazione del principio del *clari loqui*.

D'altronde la lettura dell'intero articolo, mediante l'interpretazione combinata delle clausole che lo compongono (arg. ex art. 1363 c.c.) e di queste ultime unitamente al "timing di gara" allegato al bando (punti 3 e 4), conferma che la previsione dei termini di invio dei *files* relativi a ciascuna delle due offerte non contiene una causa escludente, sia perché manca di qualificare come perentori i termini medesimi sia perché, a differenza di quanto previsto per la sottoscrizione e la marcatura digitale delle offerte e per l'invio elettronico della documentazione amministrativa, non specifica che la prescrizione era "*a pena di esclusione*".

Ancora, è da escludere la rilevanza della determina della Provincia di Biella n. 989 dell'1 luglio 2022, parimenti valorizzata in sentenza nella parte in cui richiama, a fini escludenti, "*la mancata separazione dell'offerta economica da quella tecnica*": il richiamo, in mancanza di ulteriori specificazioni, è da intendersi fatto alla

fattispecie tipica di confusione o contaminazione tra le due offerte, quando cioè l'offerta tecnica contiene, in tutto o in parte, gli elementi dell'offerta economica. A tale fattispecie d'altronde si riferisce l'art. 16 del bando, secondo cui *“A pena di esclusione dalla gara, nel file contenente l'offerta tecnica, non dovrà essere riportato alcun riferimento a elementi economici, i quali dovranno essere esclusivamente inseriti all'interno del file contenente l'offerta economica”*.

3.3.5. Esclusa, nel caso di specie, la violazione del divieto di commistione tra le due offerte opera comunque il richiamato principio di segretezza, riferito all'offerta economica della -OMISSIS-.

In proposito si è affermato in giurisprudenza che il principio della segretezza dell'offerta economica è a presidio dell'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), *sub specie* di trasparenza e *par condicio* dei concorrenti, e che la peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica impone che la tutela copra non solo l'effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio, di modo che *“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”* (così Cons. Stato, V, 24 gennaio 2019, n. 612, che cita, a riscontro, id., V, 20 luglio 2016, n. 3287 ed altre precedenti).

L'affermazione di principio è pienamente condivisibile se riferita alla violazione del divieto di commistione tra offerta tecnica ed offerta economica, come sopra inteso (come in Cons. Stato, V, 24 ottobre 2022, n. 9047 e id., V, 16 agosto 2022, n. 7147), perché essa comporta necessariamente (senza ulteriore dimostrazione) la conoscenza *effettiva* di elementi economici (in quanto contenuti nell'offerta tecnica), ma non è per intero applicabile al caso di elementi dell'offerta economica o dell'intera offerta economica che si assumono conosciuti per via diretta.

In tale seconda eventualità, la conoscenza effettiva dell'entità dell'offerta economica (o di suoi significativi elementi) e, quindi, la violazione del principio di segretezza dell'offerta economica, va dimostrata dalla parte che la sostiene (cfr. in tal senso sull'onere della prova, in un caso analogo attinente all'asserita violazione del principio di segretezza dell'offerta tecnica, Cons. Stato, V, 26 aprile 2023, n. 4194).

Infatti, la norma giuridica di riferimento è contenuta nell'art. 52, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016 (secondo cui *“In tutte le comunicazioni, gli scambi e l'archiviazione di informazioni, le stazioni appaltanti garantiscono che l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione siano mantenute. Esse esaminano il contenuto delle offerte delle domande di partecipazione soltanto dopo la scadenza del termine stabilito per la loro presentazione.”*), sicché la sua violazione deve risultare obiettivamente dagli atti del procedimento.

Pertanto, non è corretta in diritto l'affermazione della sentenza appellata secondo cui, nel caso di specie, si potrebbe prescindere dal concreto comportamento della commissione giudicatrice (o anche della stazione appaltante) e non sarebbe rilevante *“che la commissione giudicatrice abbia o meno effettivamente visionato i contenuti dell'offerta economica prima di avere concluso quella tecnica”*.

Sarebbe stato invece onere della ricorrente Esperia dimostrare che la stazione appaltante o la commissione giudicatrice avessero violato, la prima, il dovere di riservatezza e, la seconda, la segretezza dell'offerta economica.

3.3.6. All'opposto, risulta dai verbali di gara, non smentiti da altre emergenze processuali, che, così come prescritto dalla richiamata disposizione del Codice dei contratti, applicabile nella gara *de qua*, la commissione giudicatrice ha esaminato i contenuti dell'offerta economica dopo aver esaminato quelli dell'offerta tecnica, senza che, riguardo all'una o all'altra, sia stata dimostrata dalla ricorrente Esperia la violazione dell'obbligo normativo di riservatezza da parte della stazione appaltante

o la preventiva apertura del *file* contenente l'offerta economica o divulgazione di elementi di quest'ultima.

3.3.7. Risulta perciò evidente, in fatto, la diversità dei casi oggetto dei due precedenti giurisprudenziali che la difesa di Esperia ha richiamato negli scritti conclusivi, atteso che la sentenza di cui a Cons. Stato, IV, 24 gennaio 2022, n. 448 è relativa ad un caso in cui l'impresa concorrente aveva inviato direttamente all'amministrazione aggiudicatrice il "documento di sintesi" generato dal sistema, contenente i dati dell'offerta economica uniti a quelli dell'offerta tecnica, e che la sentenza di cui a Cons. Stato, V, 27 ottobre 2022, n. 9187 è relativa ad un caso in cui l'intera offerta economica era contenuta nella busta della documentazione amministrativa.

3.3.8. Il motivo di appello va quindi accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va respinto il primo motivo del ricorso proposto in primo grado da Esperia s.r.l.

3.4. L'accoglimento del primo motivo di appello comporta l'assorbimento del secondo (*In via subordinata, error in iudicando; erroneità della sentenza gravata nella parte in cui ha ritenuto di non disporre la rinnovazione integrale della gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 122 c.p.a.*), proposto in via dichiaratamente subordinata al rigetto del primo.

4. Vanno esaminati i motivi di ricorso assorbiti in primo grado e riproposti da Esperia ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a.

4.1. Col primo motivo riproposto (corrispondente al secondo motivo del ricorso: "*II. violazione e falsa applicazione dei criteri di valutazione delle offerte – illegittimità per manifesta erroneità dei punteggi tecnici assegnati all'offerta della controinteressata*"), l'appellata Esperia sostiene che i punteggi assegnati all'offerta tecnica della controinteressata, specie se rivalutati alla luce del giudizio espresso nei confronti di Esperia, risulterebbero irragionevoli ed erronei, in particolare con riferimento alle

valutazioni effettuate in ordine ai criteri “*progetto educativo in relazione ai bisogni di crescita dei bambini*” e “*sostegno alle capacità educative dei genitori dei bambini e programmazione degli incontri con le famiglie a livello individuale e di gruppo*”.

Quanto al primo, ad entrambe le concorrenti la commissione ha assegnato il punteggio massimo pari a 10, ma, secondo Esperia, la propria proposta sarebbe stata “*nettamente superiore a quella presentata dalla -OMISSIS-*”, in particolare perché: Esperia ha offerto 17 attività di natura laboratoriale, mentre la controinteressata soltanto 8, pur assumendo tali attività assoluta centralità nell’ambito del progetto educativo predisposto per i bambini. Inoltre, le attività proposte da Esperia sarebbero più rilevanti anche sotto il profilo qualitativo, prevedendo tra l’altro laboratori STEM (*Science, Technology, Engineering and Mathematics*) senza oneri a carico dell’utenza, mentre la -OMISSIS- li ha previsti con oneri economici a carico delle famiglie. Riducendo a 4 il punteggio da assegnare alla controinteressata (tenuto conto del fatto che le sue proposte sarebbero pari al 45% delle attività offerte da Esperia), sarebbe colmato il distacco (pari a 3,28571 punti) che separa le due concorrenti.

Quanto al secondo criterio di valutazione, Esperia torna a sostenere che la propria offerta “*è evidentemente migliore rispetto a quella presentata dalla -OMISSIS-*” e malgrado ciò le due concorrenti hanno conseguito il pari punteggio di 5. La prevalenza delle attività proposte da Esperia sarebbe numerica, avendo ideato ben 10 attività integrative per le famiglie a fronte di 7 della cooperativa concorrente, e qualitativa, relativamente in particolare agli incontri di sostegno alla genitorialità, indicati genericamente da quest’ultima ed invece con un ben diverso grado di definizione da parte di Esperia.

4.1.1. Il motivo non merita favorevole apprezzamento.

Per entrambi i criteri in contestazione esso si risolve in una critica al giudizio della Commissione, fondata su elementi di valutazione propri della ricorrente,

accomunati dall'intento di fare valere che la sua proposta meritasse una migliore considerazione rispetto a quella della cooperativa concorrente.

Senonché, se gli elementi di valutazione qualitativi sono indubitabilmente esclusi da qualsivoglia sindacato giurisdizionale, va sottolineato che per gli elementi di valutazione quantitativi non vi era alcuna indicazione nella legge di gara (facendo anzi riferimento l'art. 17.2 del bando a criteri di valutazione soltanto qualitativi, come tali specificati per il "progetto educativo" dall'art. 2, lett. a, del capitolato, ma a valere anche per le modalità di sostegno alle capacità educative dei genitori, valutabili sotto diversi profili qualitativi); in ogni caso, i criteri quantitativi valorizzati dalla ricorrente non sono da soli sufficienti a fare emergere alcuna macroscopica illegittimità della valutazione comparativa della Commissione, che potrebbe essere sovvertita soltanto a fronte di evidenze tali da denotare un uso distorto della discrezionalità tecnica. Nel caso di specie, le censure risultano contenute nei limiti dell'opinabilità dei giudizi della commissione giudicatrice.

In proposito, è sufficiente richiamare la granitica giurisprudenza che sottrae al sindacato di legittimità del giudice amministrativo le valutazioni operate dalla commissione di gara sulle offerte tecniche delle concorrenti, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, arbitrarie o fondate su manifesto travisamento dei fatti (cfr., fra le tante, Cons. Stato, V, 18 luglio 2019, n. 5058 e id., V, 11 luglio 2017, n. 3400).

4.1.2. Il primo motivo riproposto va quindi respinto.

4.2. Col secondo motivo riproposto (corrispondente al terzo motivo di ricorso: *"III. violazione e falsa applicazione dell'art.80, comma 5, lett. C del D. L.vo 50/2016. Sulla illegittima ammissione in gara e/o sulla illegittima mancata esclusione di -OMISSIS- dovuta ad un'omissione dichiarativa dalla stessa compiuta"*), l'appellata Esperia sostiene che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per aver omesso di dichiarare la

sussistenza di vicende penali ritenute idonee ad integrare a proprio carico la fattispecie escludente dei “gravi illeciti professionali”.

Esperia fa presente di aver appreso da notizie di stampa, nonché da dichiarazioni rese in altre gare da parte della -OMISSIS- che il direttore generale ...(omissis)... sarebbe stata destinataria nel marzo 2022 di misure cautelari personali per ipotesi di reato di cui agli artt. 318 e 321 c.p., finalizzate ad ottenere appalti scolastici con il MIUR del valore di 23 milioni, e che le indagini si sarebbero concluse con la conferma dell’impianto accusatorio e la confessione del capo dipartimento del MIUR.

Sottolinea l’appellata che la dott.ssa ...(omissis)... sarebbe stata coinvolta nell’indagine penale in quanto amministratore degli enti indicati in ricorso, principali *partners* della -OMISSIS-.

Malgrado quanto sopra, quest’ultima ha reso in gara una dichiarazione negativa con riferimento alle cause di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, di modo che anche soltanto per l’omissione dichiarativa avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

4.2.1. Il motivo è infondato.

In disparte l’evoluzione giurisprudenziale nel senso che la sola omissione dichiarativa non è di per sé sufficiente all’automatica esclusione della concorrente, trattandosi di fattispecie da assoggettare alla valutazione discrezionale della stazione appaltante (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 28 agosto 2020, n. 16, nonché da ultimo Cons. Stato, V, 21 giugno 2023, n. 6100), nel caso di specie è da escludere anche la sussistenza della denunciata omissione dichiarativa.

La -OMISSIS- ha dimostrato che la dott.ssa ...(omissis)... non ha mai ricoperto al suo interno il ruolo di titolare o legale rappresentante o amministratore o membro del consiglio di amministrazione, né risulta aver avuto poteri di direzione, controllo o poteri di firma o di rappresentanza, essendo stata soltanto dipendente con la

qualifica di responsabile amministrativo di V livello, titolare di deleghe, ma sempre nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato.

I documenti prodotti dalla ricorrente Esperia per dimostrare asseriti poteri di direzione della predetta dipendente (un organigramma di non chiara provenienza ed un report Covid 2021, che la -OMISSIS- ha spiegato in forza di una delega specifica limitata all'anno scolastico 2020/2021) sono, in sé, privi di efficacia probatoria e comunque superati dalla prova contraria offerta dalla controinteressata (in particolare la visura camerale storica della -OMISSIS-, oltre che lo statuto sociale), unitamente alla dimostrazione della misura di sospensione della dipendente adottata con delibera del CdA del 18 marzo 2022, precedente la data di pubblicazione del bando della gara *de qua* (24 maggio 2022).

4.2.2. Va quindi respinto anche il secondo dei motivi riproposti.

5. In conclusione, accolto il primo motivo di appello, assorbito il secondo e respinti i motivi riproposti ex art. 101 c.p.a., in riforma della sentenza appellata, va respinto il ricorso proposto da Esperia s.r.l.

5.1. Sussistono giusti motivi di compensazione delle spese dei due gradi, considerata la peculiarità della fattispecie oggetto di gravame.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, respinti i motivi riproposti ex art. 101, comma 2, c.p.a., in riforma della sentenza gravata, respinge il ricorso proposto da Esperia s.r.l.

Compensa interamente tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE

Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE

Diego Sabatino

IL SEGRETARIO