

Pubblicato il 05/06/2025

N. 04877/2025REG.PROV.COLL.
N. 00155/2025 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 155 del 2025, proposto in relazione alla procedura CIG B28AB5666F da

Basento Scavi S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Vinti, Dario Capotorto, Vincenzo Eustachio Americo Colucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Anas S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Ivana Rosa Di Chio, Valeria Graziosi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Fiori Costruzioni S.r.l., Costruzioni Nasoni S.r.l., Progeco Costruzioni Generali S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Giuseppe Maria Giammusso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima) n. 00945/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas S.p.A., Fiori Costruzioni S.r.l., Costruzioni Nasoni S.r.l. e Progeco Costruzioni Generali S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 aprile 2025 il Cons. Massimo Santini e uditi per le parti gli avvocati Dario Capotorto in proprio e in delega dell'avv. Stefano Vinti, Vincenzo Colucci, Valeria Graziosi e Giuseppe Maria Giammusso;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. I fatti di causa riguardano un appalto indetto da ANAS per la “sistemazione finale” di una strada statale in provincia di Macerata. Importo a base d'asta: oltre 2 milioni 651 mila euro. Metodo di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa.
2. La seconda classificata, Basento Scavi, impugnava l'aggiudicazione in favore del raggruppamento primo classificato RTI Fiori in quanto l'offerta economica era stata firmata digitalmente, come tassativamente prescritto dalla legge di gara, solo dalla mandataria Fiori e non anche dalle altre due mandanti Nasoni e Progeco.
3. Il TAR Marche rigettava il ricorso in quanto, pur mancando la firma digitale delle due mandanti, queste ultime avevano comunque provveduto a firmare la suddetta offerta economica in via analogica (sottoscrizione dell'offerta economica e copia del documento di identità scansionati in formato PDF e trasmessi in via telematica agli atti di gara).
4. La sentenza di primo grado formava oggetto di appello per i motivi di

seguito sintetizzati:

4.1. Erroneità nella parte in cui non sarebbe stata considerata l'assenza di un elemento essenziale dell'offerta, ossia la firma di tutti i membri del raggruppamento. Sul punto si cita la sentenza n. 10721 del 2023 di questa stessa sezione. Erroneità altresì nella parte in cui non sarebbe stata rilevata: a) la violazione dell'art. 70, comma 4, del decreto legislativo n. 36 del 2023, il quale impone l'inammissibilità delle offerte non conformi ai documenti di gara. Difformità qui ricollegabile alla circostanza per cui non sarebbe stato rispettato il paragrafo B del disciplinare il quale prevedeva che: "Gli operatori economici ... a pena di inammissibilità ... dovranno far pervenire la propria offerta ... secondo le modalità indicate al successivo paragrafo E". Paragrafo quest'ultimo che, a sua volta, imporrebbe la firma digitale quale unica modalità di sottoscrizione dell'offerta economica; b) la violazione del principio dell'autovincolo nella parte in cui, da un complessivo esame delle disposizioni della legge di gara, emerge che "l'uso della firma digitale costituisce l'unica modalità di partecipazione alla gara" (pag. 20 atto di appello introduttivo). In altre parole: "tutta la disciplina di gara era improntata ad un insostituibile e non derogabile processo di digitalizzazione (sia per i documenti di gara; sia – a maggior ragione – per l'offerta economica non soccorribile)" (pag. 23 atto di appello). In ogni caso, quanto riportato all'allegato n. 3 offerta economica (che consentiva invece la firma autografa accompagnata da documento di identità) non avrebbe comunque autorizzato la sottoscrizione in formato analogico;

4.2. Illegittimità della sentenza sul capo che regola le spese di lite condannando in tal senso la parte ricorrente ossia la odierna appellante.

5. Si costituivano in giudizio ANAS e le intimate aggiudicatrici del servizio, tutte per chiedere il rigetto del gravame mediante articolate controdeduzioni che, più avanti, formeranno oggetto di specifica trattazione.

6. Alla pubblica udienza del 16 aprile 2025 le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni ed il ricorso in appello veniva infine trattenuto in decisione.

7. Tutto ciò premesso, il primo motivo di appello della Basento (paragrafo 4.1.) non risulta fondato dal momento che:

7.1. Queste le pertinenti disposizioni di gara di cui alla lettera di invito ANAS:

- “B. NORME PER LA PARTECIPAZIONE ALLA GARA

Gli operatori economici invitati, a pena di inammissibilità ai sensi dell’art. 70 comma 4 del Codice, dovranno far pervenire la propria offerta online sul Portale ... entro il termine perentorio delle ore 12:00 del giorno 06.08.2024 secondo le modalità indicate al successivo paragrafo E”. Ed ancora: “Si precisa che, per poter presentare la documentazione amministrativa richiesta e perfezionare la propria offerta economica, il legale rappresentante dell’azienda concorrente dovrà dotarsi preventivamente di un certificato di firma digitale”. Infine: “Qualora il soggetto tenuto a rendere le dichiarazioni sottoscritte digitalmente non fosse in possesso della firma digitale, dovrà essere allegata sul Portale copia scansionata della dichiarazione, che dovrà essere sottoscritta manualmente dallo stesso sottoscrittore, unitamente alla copia scansionata del documento di identità completo, appartenente allo stesso, il tutto firmato digitalmente dal legale rappresentante o procuratore firmatario dell’impresa concorrente; in subordine detta dichiarazione potrà essere resa, con firma digitale, dal legale rappresentante o procuratore firmatario dell’impresa concorrente, in luogo e per conto di detto soggetto, ai sensi dell’art.47 del DPR 445/00 e ss.mm.ii..”;

- “E.1 SOTTOSCRIZIONE DELL’OFFERTA ECONOMICA

L’Offerta Economica, composta dagli elementi di cui sopra, dovrà essere sottoscritta digitalmente, dal legale rappresentante del concorrente”;

- lettera M, punto 2: “Sono considerate inammissibili, ai sensi dell’art. 70, comma 4 del D. Lgs. 36/2023 le offerte ... non conformi ai documenti di gara”;

- La lettera di invito era corredata, tra l’altro, dell’allegato 3 che il

concorrente doveva utilizzare per la presentazione della propria offerta economica e più precisamente prevedeva che dovevano essere indicati il ribasso, i costi della manodopera e gli oneri aziendali relativi alla sicurezza da rischio specifico (o aziendali); in calce al modello era inoltre predisposto lo spazio per la firma autografa con l'avvertimento che: *“La presente dichiarazione deve essere corredata da copia fotostatica del documento di identità del/i firmatario/i (art. 38, c. 3, del D.P.R. n. 445/2000)”*;

7.2. Secondo la ricostruzione della difesa di parte appellante, la Stazione Appaltante avrebbe dovuto escludere l'offerta della Fiori Costruzioni poiché in contrasto con le regole di gara.

In particolare, l'appellante lamenta che l'offerta economica del costituendo RTI Fiori mancava della sottoscrizione digitale di tutti i componenti del RTI, e tanto in violazione di quanto prescritto, a pena di inammissibilità, dalla lettera di invito per effetto del combinato disposto dei paragrafi B, E.1 e M (punto2) della richiamata lettera di invito (cfr. pag. 11 dell'appello Basento).

Va da subito evidenziato, sempre in punto di fatto, che nel caso in esame l'offerta presentata dall'aggiudicatario è stata in ogni caso firmata con modalità autografa, accompagnata dalla copia della carta di identità, da parte di tutti i componenti del costituendo Raggruppamento Fiori.

Dunque non si controverte sul “se” (*an*) l'offerta economica sia stata sottoscritta ma soltanto sulle “modalità” (*quomodo*) che sono state a tal fine concretamente utilizzate;

7.3. Ora, è ben vero che il disciplinare di gara prevedeva, a pena di inammissibilità della domanda (lettera B), che la domanda doveva essere presentata sulla base della lettera E del disciplinare (paragrafo, questo, che imponeva la firma digitale dell'offerta economica da parte di tutte le imprese del raggruppamento).

È vero altresì che la giurisprudenza di questa stessa sezione (sentenza n.

10721 del 12 dicembre 2023) afferma che la sottoscrizione di tutte le imprese del raggruppamento costituisce elemento essenziale del contratto in quanto deve essere in linea generale garantita *“la riconducibilità del contenuto dell’offerta alla volontà congiunta espressa dei componenti del raggruppamento aggiudicatario”*. E ciò anche allo scopo di evitare che possano *“insorgere contestazioni interne ai componenti del raggruppamento incidenti negativamente sulla fase di esecuzione del contratto”* (Cons. Stato, sez. V, 20 dicembre 2022, n. 11091);

È anche vero tuttavia che, in quel particolare caso affrontato dalla sezione, figurava ad ogni buon conto la sola firma della mandataria, laddove nel caso di specie hanno firmato anche le mandanti sebbene con modalità differenti dalla mandataria. Le stesse mandanti hanno infatti qui comunque firmato l’offerta economica in via analogica mediante sottoscrizione e fotocopia del documento di identità scansionate e depositate in via telematica al fascicolo elettronico di gara. Pertanto, come pure correttamente evidenziato dalla difesa della Fiori Costruzioni, la giurisprudenza citata dall’appellante per sostenere la propria tesi circa l’essentialità della sottoscrizione digitale riguarda, piuttosto, casi in cui gli operatori economici difettavano totalmente del requisito della sottoscrizione, sia digitale che autografa.

7.4. Ebbene la modalità analogica di cui al punto 7.3., sebbene non espressamente prevista dalla legge di gara, comunque va considerata equipollente alla firma digitale ai sensi dell’art. 65 del codice dell’amministrazione digitale (decreto legislativo n. 82 del 2005), disposizione primaria questa che dunque ben può efficacemente eterointegrare – senza disapplicazione alcuna – la suddetta disposizione secondaria di gara (lettera E). In proposito è infatti utile rammentare che:

7.4.1. Per giurisprudenza costante:

- *“l’istituto della eterointegrazione” ha come necessario presupposto la sussistenza di una*

"lacuna" nella legge di gara e, solo nel caso in cui la stazione appaltante ometta di inserire nella disciplina di gara elementi previsti come obbligatori dall'ordinamento giuridico, soccorre il meccanismo di integrazione automatica in base alla normativa in materia, analogamente a quanto avviene nel diritto civile ai sensi degli artt. 1374 e 1339 c.c., colmandosi in via suppletiva le eventuali lacune del provvedimento adottato dalla pubblica amministrazione" (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4903)" [Cons. Stato, sez. III, 18 ottobre 2023, n. 9078; Cons. Stato, sez. III, 14 dicembre 2022, n. 10935];

*- "di regola, le condizioni di partecipazione alle procedure di affidamento di **contratti pubblici** devono essere tutte indicate nel bando di gara, la cui eterointegrazione con obblighi imposti da norme di legge si deve ritenere ammessa in casi eccezionali, poiché l'enucleazione di cause di esclusione non conosciute o conoscibili dai concorrenti contrasta con i principi europei di certezza giuridica e di massima concorrenza (Cons. Stato, V, 28 ottobre 2016, n. 4553). Ciò a maggior ragione, considerando che in tale caso si tratterebbe di una esclusione dalla gara per una lacuna formale indotta dalla stessa Amministrazione nella predisposizione degli atti di gara, con conseguente restringimento della concorrenza" (Cons. Stato, sez. V, 27 luglio 2017, n. 3699; Cons. Stato, sez. V, 28 ottobre 2016, n. 4553);*

7.4.2. Pertanto, in estrema sintesi: a) l'eterointegrazione normativa della legge di gara scatta in presenza di lacune relative ad elementi ritenuti obbligatori dall'ordinamento; b) deve trattarsi di situazioni eccezionali che, in ogni caso, non comportino eccessive restrizioni al principio di "massima concorrenza";

7.4.3. Applicando le suddette coordinate ermeneutiche al caso di specie emerge in particolare che:

7.4.3.1. L'art. 38, comma 2, del DPR n. 445 del 2000 prevede che: *"Le istanze e le dichiarazioni inviate per via telematica sono valide se effettuate secondo quanto previsto dall'articolo 65 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82"*. Dal canto suo l'art. 65 del codice amministrazione digitale prevede in estrema

sintesi e per quanto di specifico interesse che: *“Le istanze ... presentate per via telematica alle pubbliche amministrazioni”* (e tra questa anche le domande di partecipazione alle gare pubbliche) *“sono valide ... a) se sottoscritte mediante una delle forme di cui all’articolo 20”* (dunque mediante firma digitale) *“.... c) ovvero sono sottoscritte e presentate unitamente alla copia del documento d’identità”* (dunque anche in formato analogico, a differenza da quanto affermato dalla difesa di parte appellante alla pag. 21 dell’atto di appello introduttivo, ove si lascia intendere che il richiamato art. 65 preveda unicamente o comunque in via preferenziale la firma digitale quale modalità di sottoscrizione delle istanze per mano dei privati). Trattasi pertanto di forme di sottoscrizione (digitale e analogico) non solo alternativamente valide o comunque pienamente equipollenti ma anche obbligatoriamente acquisibili dalla PA nel senso che quest’ultima è tenuta ad accettare, da parte dei privati, istanze firmate in modalità tanto in formato *digitale* quanto in formato *analogico* (sottoscrizione e copia del documento scansionati). Né d’altra parte l’art. 19 del decreto legislativo n. 36 del 2023 (Principi e diritti digitali) risulta avere apportato deroghe particolari al sistema sopra descritto circa le modalità di sottoscrizione delle istanze rivolte alla PA. Nei sensi di cui si è appena detto, trattasi allora di “elementi obbligatori per l’ordinamento” (accettazione in via alternativa di firma digitale oppure analogica) come tali idonei, per le ragioni sopra indicate ai punti 7.4.1. e 7.4.2., ad eterointegrare la legge di gara nelle ipotesi in cui, proprio come nel caso di specie, sia unicamente prevista la firma digitale;

7.4.3.2. Non si tratta nel caso di specie di introdurre *ab externo*, ossia per eterointegrazione normativa, una causa di esclusione con sostanziali effetti di restringimento della concorrenza ma, al contrario, di autorizzare ulteriori modalità di partecipazione in grado di garantire la “massima concorrenza” ossia la più ampia partecipazione, altresì, di taluni operatori economici che, seppur non ancora dotati di talune strumentazioni di carattere informatico

(firma digitale), sono comunque in grado di portare a termine commesse pubbliche di un certo rilievo in termini di positivo rapporto tra qualità e prezzo, il tutto con notevoli e innegabili vantaggi per la collettività nel suo complesso;

7.4.3.3. Una simile conclusione si rivela peraltro pienamente conforme con il principio di risultato di cui all'art. 1 del decreto legislativo n. 36 del 2023 in quanto diretta ad assicurare il miglior equilibrio possibile tra “principio di concorrenza” (per definizione *“funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i **contratti**”*, ai sensi del comma 2 della ridetta disposizione codicistica, e qui direttamente ricollegabile alla ammissibilità di una ulteriore forma di sottoscrizione, quella ossia analogica, che consenta la più ampia partecipazione possibile alla gara) e “principio di legalità” di cui al comma 1 della stessa disposizione codicistica (principio che trova radicamento nella citata norma di cui all'art. 65 CAD il quale consente, come appena visto, la sottoscrizione delle istanze dei privati in forma non solo digitale ma anche analogica, proprio come nel caso di specie);

7.4.3.4. Una simile soluzione (sostanziale equipollenza tra modalità digitale e modalità analogica) si rivela altresì corrispondente al principio del raggiungimento dello scopo (nel caso di specie: riconducibilità e imputabilità dell'offerta economica al raggruppamento partecipante) e della strumentalità delle forme di cui agli artt. 156, commi 2 e 3 c.p.c. e 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990. E tanto anche nell'ottica per cui il processo di digitalizzazione deve essere un mezzo per accelerare e non restringere la partecipazione alle gare mediante la costruzione di “percorsi ad ostacoli” che rischierebbero, per tale via, di comprimere fondamentali principi di massima concorrenza funzionali, come tali, ad ampliare il più possibile la platea degli aspiranti e dunque a garantire il miglior rapporto raggiungibile tra prezzo e qualità della prestazione resa. Va dunque dato seguito, in questa stessa direzione, a quel condivisibile indirizzo della

sezione secondo cui eventuali difformità di carattere formale dalle previsioni della legge di gara possono essere superate *“in considerazione del superiore interesse dell’amministrazione a non escludere un concorrente che è identificabile con assoluta certezza sulla base di altri elementi acquisiti aliunde, nell’ambito della documentazione prodotta”* (Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2025, n. 1620);

7.4.4. Applicando le suddette coordinate giurisprudenziali al caso di specie, si può dunque affermare che l’offerta in questione risultava con assoluta certezza riconducibile e imputabile a un determinato soggetto/operatore economico ossia al raggruppamento Fiori;

7.5. A ciò si aggiunga che il modello allegato n. 3 di offerta economica, per come sopra riportato al paragrafo 7.1., prevedeva proprio la sottoscrizione autografa della firma con allegazione del documento di identità (modalità questa effettivamente osservata da tutti i componenti dell’RTI Fiori, i quali hanno poi caricato la suddetta documentazione, previa registrazione e ancor prima identificazione, sul Portale Acquisti ANAS). Il tutto in modo piuttosto chiaro e senza alcuna attinenza con quanto riportato al paragrafo B del disciplinare di gara a proposito della mancanza di firma digitale da parte di alcuni soggetti (mancanza da recuperare comunque con la firma digitale del legale rappresentante). Dunque un elemento quanto meno di ambiguità ed incertezza tra le due disposizioni di gara (paragrafo E che imponeva la firma digitale e modello allegato n. 3 offerta economica che consentiva invece anche la firma autografa poi scansionata) che, per il principio del *favor participationis*, correttamente la stazione appaltante ha inteso nel senso di consentire la ammissibilità dell’offerta economica formulata, altresì, nelle modalità analogiche utilizzate dalla Fiori prima classificata (scansione documento firmato dagli offerenti con documento allegato). Sul tema la giurisprudenza ha infatti avuto modo di osservare che: *“In presenza di clausole ambigue o di dubbio significato della lex specialis ... in*

ossequio al principio del favor participationis - che sottende anche l'interesse pubblico al massimo dispiegarsi del confronto concorrenziale, inteso all'individuazione dell'offerta maggiormente vantaggiosa e conveniente per l'Amministrazione appaltante - deve privilegiarsi l'interpretazione che favorisca l'ammissione alla gara piuttosto che quella che la ostacoli" (Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2024, n. 5871; Cons. Stato, sez. V, 9 gennaio 2024, n. 295)". Ed ancora che: *"a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della lex specialis di gara (una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e l'altra tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all'opzione che, ove condivisa, comporterebbe l'esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l'ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del favor participationis e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale"* (ex multis si veda Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2024, n. 334; Cons. Stato, Sez. V, 26 maggio 2023 n. 5203). Infine che: *"In caso di clausole equivoche o di dubbio significato, debba preferirsi l'interpretazione che favorisca la massima partecipazione alla gara piuttosto che quella dalla quale derivino ostacoli, e sia meno favorevole alle formalità inutili; ciò anche al fine di ottenere le prestazioni richieste ad un prezzo quanto più vantaggioso, in termini qualitativi e quantitativi, per l'amministrazione"* (Cons. giust. amm. Sicilia, 20 dicembre 2010, n. 1515).

7.6. In conclusione, la commissione di gara ha correttamente ritenuto che l'offerta sottoscritta dalle componenti dell'RTI Fiori fosse riconducibile e imputabile al raggruppamento medesimo. Nei termini di cui sopra il complessivo e articolato primo motivo di appello (par. 4.1.) deve dunque essere rigettato.

8. Con l'ultimo motivo di ricorso in appello la società Basento ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha posto a carico del soggetto soccombente le spese di lite con una liquidazione ritenuta eccessiva.

La censura è infondata tenuto conto del consolidato indirizzo della giurisprudenza amministrativa secondo cui *"il giudice di primo grado esercita ampi poteri discrezionali in ordine alla statuizione sulle spese di lite, sia ai fini della*

condanna, sia ai fini della compensazione, con il solo limite dell'abnormità o della manifesta ingiustizia (Cons. Stato, Ad. plen., 24 maggio 2007, n. 8; IV, 9 ottobre 2019, n. 6887; 8 ottobre 2019, n. 6797; 23 settembre 2019, n. 6352; V, 28 ottobre 2015, n. 4936; III, 9 novembre 2016, 4655; IV, 3 novembre 2015, n. 5012; VI, 9 febbraio 2011, n. 891; IV, 22 giugno 2004, n. 4471; 27 settembre 1993, n. 798)" (Cons. Stato, Sez. V, 10 novembre 2022, n. 9879); con la conseguenza che, nel giudizio di appello la sindacabilità sulle spese liquidate all'esito del giudizio di primo grado è limitata all'ipotesi in cui venga modificata la decisione impugnata, fatta eccezione per le ipotesi di manifesta abnormità (Cons. Stato, Sez. VI, 13 gennaio 2020, n. 309), fattispecie che ricorre solo in situazioni eccezionali, identificate dalla giurisprudenza nell'erronea condanna alle spese della parte vittoriosa e nella manifesta e macroscopica eccessività o sproporzione della condanna (Cons. Stato, sez. VI, 13 novembre 2024, n. 9102; Cons. Stato, sez. III, 13 dicembre 2018, n. 7039). Nel caso di specie, il giudice di primo grado ha correttamente ritenuto di applicare il principio di soccombenza e nella liquidazione operata non vi è alcuna macroscopica eccessività o sproporzione, tenuto anche conto del valore della lite e dell'integrale reiezione dei motivi.

Per le suddette ragioni, anche tale motivo deve pertanto essere rigettato.

9. Nei termini suddetti il ricorso in appello deve dunque essere rigettato.

10. Sussistono in ogni caso giusti motivi per compensare le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 aprile 2025 con

l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Alberto Urso, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Massimo Santini

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO