

APPALTI: Gara - Aggiudicazione - Ditta che ha presentato una offerta tecnica recante il timbro e la firma olografa del tecnico abilitato - Nel caso di chiara prescrizione del bando di gara in tal senso - Legittimità - Assenza di sottoscrizione con firma digitale - Irrilevanza.

Tar Campania - Napoli, Sez. I, 25 febbraio 2022, n. 1320

“[...] Risulta quindi che la regola di gara richiedesse il timbro e la firma olografa del tecnico abilitato, di cui è corredata l’offerta tecnica dell’aggiudicataria, assolvendo così alle prescrizioni del disciplinare.

Tanto precisato, è principio uniformemente affermato che vada accordato rilievo all’interpretazione della clausola del disciplinare che si fondi sul criterio letterale (cfr., di recente, la sentenza della sez. V di questo T.A.R. del 22/9/2021 n. 5971: “Il canone ermeneutico letterale riveste, dunque, il primato nell’interpretazione delle prescrizioni connotanti la disciplina di gara, le quali vincolano non solo i concorrenti ma anche la stessa Amministrazione, che non conserva alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione, dovendosi garantire, unitamente alle esigenze di certezza, l’imparzialità dell’azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti. Da ciò scaturisce il corollario secondo cui, solo in presenza di un’equivoca formulazione della lettera di invito o del bando di gara, può ammettersi un’interpretazione diversa da quella letterale (cfr.: Consiglio di Stato, sez. V, 25 giugno 2014, n. 3220, 18 dicembre 2017, n. 5944 e 31 maggio 2018, n. 3267). Non risulta, quindi, possibile addivenire in via interpretativa ad una integrazione delle regole di gara, aggiungendo significati del bando in realtà non chiaramente e sicuramente rintracciabili nella sua espressione letterale”).

Nel caso di specie, emerge chiaramente dalla disposizione del disciplinare che occorre che il tecnico apponesse il timbro e la firma olografia.

Ciò posto, questa Sezione ha già espresso il principio in virtù del quale deve essere assicurata certezza alle prescrizioni della legge di gara che, ove manifestino un chiaro significato, non possono essere manipolate per farne derivare conclusioni divergenti dal significato che ad esse va riconosciuto [...].”

FATTO

Il RTI ricorrente partecipava alla procedura ad evidenza pubblica, indetta dal Comune di Castello del Matese con determinazione del Responsabile dell’Area LL.PP. n. 13 del 31/5/2021, per l’affidamento dei lavori di “messa in sicurezza e funzionalità del patrimonio infra-strutturale pubblico per rendere maggiormente fruibile le infrastrutture pubbliche” (consistenti in opere di

messa in sicurezza del patrimonio pubblico e di mitigazione dei rischi naturali, a seguito del terremoto del 2013), dall'importo complessivo di € 2.439.821,74, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

All'esito delle operazioni di gara l'ATI Fabiana Costruzioni – Consorzio Stabile Costruendo si collocava al primo posto con punti totali 76,810, seguita dal raggruppamento ricorrente con un punteggio di 73,293.

Quest'ultimo, dopo aver formulato istanza e ottenuto di accedere agli atti, ha impugnato l'aggiudicazione alla controinteressata e i provvedimenti ed atti indicati in epigrafe, reclamando l'aggiudicazione in proprio favore e formulando le riferite richieste.

Con tre motivi di ricorso prospettati in via principale sostiene che:

I) la stazione appaltante era tenuta a motivare in maniera espressa sull'ammissione del concorrente poi risultato aggiudicatario, avuto riguardo alle dichiarazioni da esso rese ai sensi dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016;

II) essendo richiesto il possesso della categoria super-specialistica OS12-B (S.I.O.S. – Strutture Impianti e Opere Speciali), l'ATI avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, in quanto detta categoria non è posseduta dall'impresa designata dal Consorzio stabile per l'esecuzione dei lavori (non operando il c.d. "cumulo alla rinfusa", per la natura specialistica dei lavori);

III) era necessario che l'offerta tecnica fosse sottoscritta da tecnico abilitato con firma digitale.

Con l'ultimo motivo di ricorso, in via subordinata e ai fini della caducazione dell'intera procedura, è contestata l'"investitura" di Centrale di Committenza, assegnata dalla stazione appaltante all'ASMEL Consortile, che non avrebbe potuto assumere i poteri di amministrazione aggiudicatrice.

Si sono costituiti in giudizio per resistere il Comune (sollevando preliminarmente un'eccezione di improcedibilità del ricorso e confutando le censure), nonché la controinteressata e l'ASMEL, affidando le proprie difese alle memorie depositate; l'aggiudicataria ha esibito documentazione.

All'udienza in camera di consiglio del 17 novembre 2021, su accordo delle parti e con rinuncia all'istanza cautelare, è stata fissata l'udienza per la trattazione del ricorso nel merito.

Per l'udienza pubblica le parti hanno prodotto documenti e scritti difensivi; il Comune ha chiesto con note il passaggio in decisione.

All'udienza pubblica del 9 febbraio 2022, al termine della discussione orale, il ricorso è stato assegnato in decisione.

DIRITTO

1.- È impugnata l'aggiudicazione della gara di cui in premessa, operata con la determinazione n. 22 del 20/9/2021 del Responsabile Area Lavori Pubblici.

Occorre preliminarmente dar conto dell'eccezione sollevata dal Comune resistente, il quale osserva che, essendosi proceduto alla rettifica della determinazione con atto n. 23 del 22/9/2021, l'interessato avrebbe dovuto impugnare quest'ultima e che, in mancanza, il ricorso va dichiarato improcedibile (non essendo stato avverso il sopravvenuto provvedimento di aggiudicazione).

L'eccezione è destituita di fondamento.

Il Responsabile dell'Area LL.PP. ha provveduto a correggere i refusi contenuti nel precedente provvedimento, nel corpo del quale era inesattamente indicata altra impresa.

L'attività compiuta non comporta la formazione di un atto avente un nuovo contenuto dispositivo.

La correzione dell'errore materiale contenuto in un atto amministrativo si configura quale un'operazione "neutra", che lascia inalterato il contenuto dispositivo del provvedimento su cui incide (limitandosi alla sostituzione delle espressioni letterali frutto di una svista).

Nel caso di specie, l'impugnata determina n. 22 del 20/9/2021 dispone di approvare la proposta di aggiudicazione in favore dell'ATI Fabiana Costruzioni – Consorzio stabile Costruendo.

Essa palesa il suo effetto lesivo nei confronti del secondo graduato che ha inteso impugnarla, restando per esso indifferente che si sia provveduto alla correzione dell'errore materiale (che, per quanto detto, non modifica il contenuto dell'atto e non comporta per esso alcun diverso ulteriore pregiudizio).

2.- Si può quindi passare all'esame delle censure.

2.1. Con il primo motivo è dedotta la violazione dell'art. 80, commi 5, lett. c), c-bis) ed f-bis), e 12, del d.lgs. n. 50/2016, nonché la violazione del giusto procedimento di legge e l'eccesso di potere per illogicità e perplessità dell'azione amministrativa ed arbitrarietà.

Si sostiene che la stazione appaltante era tenuta a motivare in maniera espressa sull'ammissione del concorrente poi risultato aggiudicatario, avuto riguardo alle dichiarazioni da esso rese ai sensi dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016.

Viene osservato che, nella propria dichiarazione (pag. 7), la Fabiana Costruzioni comunicava che:

a) era stata esclusa da una gara del Comune di Milano, per collegamento sostanziale con altra impresa (manifestando di aver proposto ricorso al TAR Lombardia, con giudizio pendente);

b) con sentenza pronunciata all'udienza del 7/6/2021 dal Tribunale di Caltanissetta – Sezione Penale, il titolare della ditta individuale Fabiana Costruzioni di M.C. è stato condannato per il reato di cui all'art. 483 c.p., in relazione all'art. 76 del D.P.R. n. 445/2000, per aver falsamente dichiarato di non avere assunto il ruolo di ausiliaria di più operatori economici concorrenti nella stessa gara,

manifestando in tal caso che “interporrà appello” e che avrebbe riferito alla stazione appaltante (l’atto di appello è stato depositato agli atti di questo giudizio).

Relativamente al Consorzio Costruendo, è rilevato che nella sua dichiarazione (pag. 34) si informava della risoluzione contrattuale per inadempimento disposta, con determina del 6/5/2019, dal Comune di Livigno, relativamente all’appalto dei lavori di un centro sportivo, notiziando della proposizione del ricorso al TAR Lombardia e, a seguito della pronuncia declinatoria della giurisdizione, della riassunzione al Tribunale civile di Sondrio, riferendo dello stato del processo.

Come detto, la parte ricorrente censura che la Commissione non abbia esplicitato il motivo dell’ammissione del concorrente alla gara, nonostante l’esclusione e la risoluzione contrattuale subite da entrambi i membri del Raggruppamento e le vicende penali dichiarate (ritenute di “gravissima rilevanza”), contestando che non sia stata valutata espressamente la situazione esposta ed indicate le ragioni per le quali non si è ritenuto di escludere il concorrente, ma di ammetterlo alla gara.

Deduce che a ciò l’Amministrazione era tenuta, poiché la discrezionalità di cui gode va esercitata assolvendo all’onere motivazionale, “rafforzato” in presenza di un concetto giuridico indeterminato (“gravi illeciti professionali”), declinato dall’art. 80, co., 5, lett. c), del Codice dei contratti pubblici. Il motivo va disatteso.

Va premesso che, alla discrezionalità della stazione appaltante nella valutazione della sussistenza delle cause di esclusione, corrisponde il limite del sindacato giurisdizionale sulla determinazione assunta (cfr. TAR Sicilia, sez. I, 22/3/2021 n. 931: *“In ordine all’interpretazione dell’art. 80 occorre, altresì, richiamare il consolidato e condiviso orientamento giurisprudenziale secondo cui le stazioni appaltanti godono di ampia discrezionalità amministrativa nella ricomprensione o meno degli illeciti di varia natura nell’ambito delle stesse (per tutte Consiglio di Stato, V, 24 gennaio 2020, n. 610) e al giudice amministrativo spetta solamente un sindacato estrinseco e motivazionale, dovendosi necessariamente preservare il merito della decisione amministrativa (per tutte Consiglio di Stato, V, 6 luglio 2020, n. 4304)”*).

Quanto ai modi con cui detta discrezionalità va esercitata, la giurisprudenza amministrativa ha ripetutamente ritenuto che l’ammissione alla gara reca in sé l’implicita valutazione dell’irrilevanza delle situazioni dichiarate, non occorrendo pertanto motivare sulle ragioni che hanno dettato la scelta di consentire per il concorrente il prosieguo della gara (cfr., tra le altre, la sentenza della Sezione del 7/1/2021 n. 89, della sez. VI di questo TAR del 26/2/2021 n. 1301, nonché TAR Sicilia, cit.).

I principi valevoli a tal riguardo sono stati riassuntivamente ribaditi, di recente, nella sentenza Cons. Stato, sez. IV, 10/11/2021 n. 7501 (di pedissequa conferma della citata pronuncia della sez. VI di questo TAR), ripetendo che:

“- la stazione appaltante che procede alla ammissione alla gara di una impresa, non ritenendo “rilevanti” le pregresse vicende professionali dichiarate dal concorrente – reputandole, indi, insuscettibili di intaccarne la “integrità” morale e professionale, ed inidonee a fondare un giudizio di inaffidabilità – “non è tenuta a esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione risultare anche implicita o per facta concludentia, ossia con l’ammissione alla gara dell’impresa” (CdS, V, 19 febbraio 2021, n. 1500; Id., id. 9 settembre 2019, n. 6112);

– è, di contro, il provvedimento di esclusione, fondato sulla valutazione della esistenza di un illecito professionale e sulla sua qualificazione in termini di “gravità” tali da minare la affidabilità del concorrente, a necessitare di una espressa e puntuale motivazione;

– “in sintesi, la stazione appaltante deve motivare puntualmente le esclusioni, e non anche le ammissioni, se su di esse non vi è, in gara, contestazione” (CdS, V, 5 maggio 2020, n. 2850; Id., VI, 18 maggio 2016, n. 3198; Id. IV, 21 maggio 2014, n. 2622);

– tale regola è destinata “a subire eccezione” nel solo caso in cui la pregressa vicenda professionale dichiarata assuma una peculiare pregnanza, tale da poter e dover eccitare – secondo l’id quod plerumque accidit, ed in conformità della diligenza particolarmente qualificata che deve pur sempre connotare l’agere dei pubblici poteri (artt. 97 Cost., 1 l. 241/90, 1176, comma 2, c.c.) – gli officia istruttori e valutativi della stazione appaltante, imponendo ex post l’onere di dare conto dell’iter logico giuridico all’uopo seguito nella ponderazione prodromica alla decisione sulla “integrità” del partecipante alla gara;

– trattasi di una deroga al principio generale, che ricorre indi solo “in presenza di una pregressa vicenda professionale che appaia, ictu oculi, di particolare rilevanza” (CdS, V, 1500/21, cit.) tale da imporre alle Amministrazioni oneri positivi di istruttoria e di motivazione, in funzione di tutela delle legittime aspirazioni degli altri concorrenti e del più generale interesse pubblico alla retta e trasparente conduzione della procedura”.

Va soggiunto che, nella richiamata pronuncia della sez. V del Consiglio di Stato del 19/2/2021 n. 1550, la deroga alla generalità dei casi (in cui non occorre una motivazione espressa) è rinvenuta nella circostanza che si trattava di risoluzione avente il medesimo contratto e di penale dall’importo “particolarmente elevato” (da qui la necessità di dar conto della valutazione per l’ammissione del concorrente: cfr. p. 2.1.4), restando altrimenti integro il principio per il quale “la stazione

appaltante, che non ritenga la pregressa vicenda professionale dichiarata dal concorrente incisiva della sua moralità professionale, non è tenuta a esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione risultare anche implicita o per facta concludentia, ossia con l'ammissione alla gara dell'impresa” (p. 2.1.2.).

Riepilogando, l'ammissione del concorrente è validamente disposta, in via generale, senza la necessità di motivazione (implicando che la stazione appaltante abbia ritenuto che quanto dichiarato non incide negativamente sulla sua integrità e affidabilità), restando confinata a casi-limite l'illegittimità della scelta effettuata per *facta concludentia*.

Nella specie, è da escludere che ricorra il vizio denunciato, in presenza di dichiarazioni rese dal concorrente in maniera esaustiva (e rappresentando di aver reagito giudizialmente o di voler contestare la condanna), di tal che sulle stesse può dirsi validamente formato il convincimento implicito della stazione appaltante, il quale non presenta macroscopici vizi di illogicità.

Trattasi di una esclusione da gara per collegamento sostanziale con altra impresa, di una risoluzione per inadempimento e di una condanna per il suddetto reato in relazione alle quali, avuto riguardo alla configurabilità dell'estesa discrezionalità della P.A. nella valutazione dell'affidabilità del concorrente, non si mostrano evidenti profili di irragionevolezza della implicita scelta di ammetterlo alla gara, che è pertanto incensurabile alla stregua di tutto quanto sin qui considerato.

2.2. Il secondo motivo concerne l'ammissibilità del c.d. “cumulo alla rinfusa” nel caso di specie.

Parte ricorrente muove dal disciplinare, che al p. 4.2 ha richiesto tra le altre categorie il possesso della categoria super-specialistica OS12-B (S.I.O.S. – Strutture Impianti e Opere Speciali), per farne discendere che l'ATI aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, non essendo detta categoria posseduta dall'impresa designata dal Consorzio stabile per l'esecuzione dei lavori.

Deducendo la violazione dell'art. 47 del d.lgs. n. 50/2016 e del giusto procedimento di legge, nonché gli stessi profili di eccesso di potere, sostiene che il Consorzio Stabile Costruendo non avrebbe potuto beneficiare del “cumulo alla rinfusa”, per soddisfare il possesso del requisito della OS12-B class. III, rimarcando che:

- detta categoria riguarda la fornitura, la posa in opera e la manutenzione o ristrutturazione delle barriere paramassi e simili, finalizzata al contenimento ed alla protezione dalla caduta dei massi e valanghe, inclusi gli interventi con tecniche alpinistiche;
- trattasi di opere super-specialistiche, richiedenti una determinata attrezzatura, operai altamente specializzati e una documentata esperienza, come indicato dal D.M. n. 248/2016 all'art. 3, lett. a) (“avere nel proprio organico personale tecnico specializzato, appositamente formato e periodicamente aggiornato, per la corretta installazione e messa in esercizio dei prodotti e dei

dispositivi da costruzione, anche complessi, impiegati nelle relative categorie di lavori, nonché, nei casi previsti dalle norme tecniche di riferimento, in possesso di attestazioni di qualificazione rilasciate da organismi riconosciuti”).

In conclusione, reputa la parte ricorrente che l’aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per difetto del requisito di qualificazione, in relazione alla categoria OS12-B, vietandosi la possibilità del cumulo alla rinfusa, per la natura delle opere a farsi richiedenti il possesso della categoria super-specialistica, onde evitare che l’intervento sia effettuato da soggetti non qualificati.

Nella memoria per l’udienza di merito, parte ricorrente sottolinea che permettere l’esecuzione dei lavori ad una ditta non in possesso della categoria in questione porrebbe a rischio la realizzazione dell’opera pubblica e la stessa incolumità della collettività che ne usufruisce.

Ritiene che i lavori rientranti nelle categorie super-specialistiche, quali la OS12-B (S.I.O.S. – Strutture Impianti e Opere Speciali), vadano equiparati alle opere relative ai beni culturali, per le quali identicamente è vietato l’avvalimento (art. 146, co. 3, d.lgs. n. 50/2016), applicando per essi la stessa regola che vieta il cumulo alla rinfusa (art. 146 cit., co. 2).

A tal riguardo, è chiesto che sia rimessa alla Corte di Giustizia Europea la questione pregiudiziale di compatibilità con l’art. 45 della direttiva UE n. 2014/24 e degli artt. 49 e 56 TFUE della normativa nazionale che consente di far eseguire opere altamente specializzate a imprese che non posseggono la necessaria qualificazione.

È chiesto, altresì, che sia sollevata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 146, co. 2 e 3, del d.lgs. n. 50/2016, per contrasto con gli artt. 3, 32, 41 e 97 Cost., lamentando che non sia esteso il divieto del cumulo alla rinfusa anche ai lavori rientranti nelle opere super-specialistiche, adducendo la disparità di trattamento che a cagione di ciò si realizza tra operatori economici, in quanto il soggetto in possesso della qualificazione è privato della possibilità di eseguire i lavori, consentita invece a un Consorzio stabile, ancorché esso designi una consorziata che non ne sia in possesso.

Il motivo non può essere condiviso e vanno disattese le richieste formulate.

Il Consorzio Stabile Costruendo è in possesso della qualificazione per la contestata categoria OS12B (cfr. l’esibita attestazione dell’organismo SOA Laghi).

Non può essere posto in discussione che esso possa qualificarsi con i requisiti posseduti in proprio, ancorché ne sia priva la consorziata esecutrice (cfr., da ultimo, C.G.A.R.S., 12/1/2022 n. 32, p. 34.1: *“La Quinta sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza 29 marzo 2021 n. 2588, si è pronunciata in punto di requisiti di capacità tecnico professionale ritenendo, anche in ragione proconcorrenziale, che, a fronte della titolarità del requisito in capo al consorzio, non possa pretendersi il possesso del medesimo anche da parte della consorziata esecutrice. Sul punto la*

giurisprudenza aveva già affermato che “la eventuale mancanza dei requisiti in testa alla consorziata designata per l’esecuzione, non incide sull’utile accesso alla procedura, sempreché gli stessi sussistano, in proprio, per il consorzio, al quale è, in effetti, imputata giuridicamente la prestazione, anche laddove intenda provvedervi indirettamente per il tramite di una impresa consorziata (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 2015, n. 4703)” (Cons. St., sez. V, 22 luglio 2019, n. 5124”; cfr. anche Cons. St. n. 2588/2021, cit., p. 6: “non può invece desumersi che il singolo consorziato, indicato in gara come esecutore dell’appalto, debba essere a sua volta in possesso dei requisiti di partecipazione. Come sottolineano le parti appellanti ad opinare in questo senso verrebbero svuotate la finalità pro concorrenziali dell’istituto del consorzio stabile, oltre che il suo stesso fondamento causale, enunciato dall’art. 45, comma 2, lett. c), del Codice dei contratti pubblici, ed incentrato sullo stabile apporto di capacità e mezzi aziendali in una «comune struttura di impresa» deputata ad operare nel settore dei contratti pubblici ed unica controparte delle stazioni appaltanti, secondo quanto previsto dall’art. 47, comma 2, del Codice (cfr. in questo senso, da ultimo: Cons. Stato, V, 2 febbraio 2021, n. 964; 11 dicembre 2020, n. 7943)”).

Tanto precisato, si tratta di stabilire se nel caso di specie tale regola debba soffrire un’eccezione (con riferimento alla cennata categoria di lavori e alle loro caratteristiche), così da esigere che l’impresa esecutrice sia in possesso essa stessa della predetta categoria OS12-B, non rilevando la qualificazione in proprio del Consorzio.

Reputa il Collegio che detta eccezione non possa farsi valere.

Sull’applicazione del “cumulo alla rinfusa” per i consorzi stabili, con specifico riferimento alla tematica rappresentata nel presente giudizio, si è pronunciato il TAR Lazio, sez. di Latina, con sentenza del 25/11/2021 n. 643, le cui statuizioni sono dal Collegio condivise, ritenendo (dopo aver riepilogato i suesposti principi circa la natura e il sistema di qualificazione dei Consorzi stabili) che: “Parte ricorrente assume che i lavori appaltati siano di rilevante complessità tecnica nella frazione ascrivibile alla cat. OS12 B e pertanto sono insuscettibili di avvalimento, ai sensi dell’art. 89, comma 11, del T.U. n. 50/2016. Richiama in proposito il regolamento ministeriale di cui al D.M. 10.11.2016 n. 248, che indica tra le strutture impianti e opere speciali (S.I.O.S.) i lavori della cat. OS12 B (sistemazione di barriere paramassi, fermaneve e simili). Trae, quindi, la conclusione che ai suddetti lavori non è applicabile il principio del “cumulo alla rinfusa” e le imprese esecutrici debbono essere direttamente in possesso della necessaria qualificazione SOA, senza poter fruire della qualificazione posseduta dal consorzio stabile nel quale sono inserite. L’assunto è infondato. L’affidamento delle prestazioni da parte dei consorzi stabili ai propri consorziati non costituisce subappalto (art. 47, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016) ed è inconferente il richiamo all’istituto

dell'avvalimento. Al cumulo alla rinfusa nei consorzi stabili la sola deroga è posta dall'art. 146 del nuovo codice dei contratti pubblici per le qualificazioni nelle gare per lavori relativi ai beni culturali (C.G.A.R.S. 22.1.2021 n. 49). La disposizione derogatoria è come tale di stretta interpretazione, dunque inapplicabile a lavori diversi (T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 27.5.2021 n. 139). Conseguisce la legittimità della designazione da parte del consorzio [...] dell'impresa consorziata [...] per l'esecuzione dell'appalto, comprese le opere riconducibili alla cat. OS12 B, per le quali l'esecutrice non è direttamente qualificata, ma, in applicazione del visto principio di cumulo, può fruire della qualificazione posseduta dal consorzio“.

L'addotta assimilabilità delle categorie super-specialistiche a quanto testualmente previsto dal codice dei contratti pubblici per i beni culturali non può dunque essere condivisa, dal momento che la disposizione derogatoria di cui al menzionato art. 146 è di stretta interpretazione e, in quanto tale, non estensibile oltre l'ambito in cui vengono in rilievo eccezionali ragioni di tutela e conservazione del patrimonio culturale (mentre le preoccupazioni manifestate dalla parte ricorrente, relativamente al tipo di lavori e alla loro puntuale esecuzione, devono ritenersi sconfessate in ragione della comune struttura di impresa che connota il Consorzio stabile, in possesso della qualificazione necessaria).

In fattispecie analoga, l'indicata pronuncia del TAR Emilia Romagna – sez. di Parma del 27/5/2021 n. 139 ha affermato (p. 2.2) che:

“Né risulta fondata la censura di parte ricorrente secondo cui sarebbe inapplicabile, nel presente caso, il meccanismo del “cumulo alla rinfusa”, in quanto si verserebbe in un'ipotesi assimilabile alla esecuzione di interventi sui Beni culturali che, ai sensi dell'art. 146 del D. Lgs. n. 50/2016, non consente che i lavori siano svolti da un'impresa non in possesso dei requisiti richiesti e questo anche nel caso in cui il Consorzio abbia i predetti requisiti.

A tal proposito, difatti, il Collegio rileva che la deroga di cui al citato art. 146 alla generale operatività del “cumulo alla rinfusa” trova la sua ratio e la sua ammissibilità nella materia dei contratti nel settore di beni culturali, in quanto afferenti a beni che certamente necessitano di un intervento da parte di personale specializzato, pena la compromissione del valore del predetto bene, che potrebbe essere danneggiato irrimediabilmente dall'operato di soggetti non in possesso di specifiche qualifiche.

Tale norma speciale non può, pertanto, essere estesa ad ambiti del tutto differenti, come quello oggetto di gara, relativo all'esecuzione di lavori di adeguamento sismico presso una scuola.

Tale conclusione risulta confermata da condivisibile giurisprudenza, secondo cui “Non è in discussione la generale operatività del “cumulo alla rinfusa” per i consorzi stabili di cui all'art.

45, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, che, quindi, ferma restando la possibilità di qualificarsi con i requisiti posseduti in proprio e direttamente, possono ricorrere anche alla sommatoria dei requisiti posseduti dalle singole imprese partecipanti, come chiarito ormai dall'art. 47, comma 2, dello stesso codice dei contratti pubblici (così Cons. Stato, V, 27 agosto 2018, n. 5057), ma la sua ammissibilità nella materia dei contratti nel settore di beni culturali, caratterizzati da una particolare delicatezza derivante dalla necessità di tutela dei medesimi, in quanto beni testimonianza avente valore di civiltà, espressione di un interesse altior nella gerarchia dei valori in giuoco (art. 9 Cost.). L'esegesi sia letterale, che funzionale, dell'art. 146, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 induce la Sezione ad escludere che nei contratti in materia di beni culturali i consorzi stabili possano qualificarsi con il cumulo alla rinfusa, essendo richiesto dalla norma il possesso di requisiti di qualificazione specifici ed adeguati ad assicurare la tutela del bene oggetto di intervento." (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 403/2019).

Stante quanto sopra acclarato, dunque, gli interventi oggetto dell'appalto di che trattasi, riconducibili alle categorie (c.d. SIOS) OS18-A e OS21, non possono essere assimilati agli interventi relativi ai beni culturali e, conseguentemente, il principio del "cumulo alla rinfusa" trova applicazione nei confronti di essi atteso che la norma che deroga al predetto principio non può che essere di stretta interpretazione".

Negli stessi termini si è espressa l'ANAC con la delibera n. 675 del 6/10/2021, così massimata: "La deroga alla regola del "cumulo alla rinfusa" nel settore dei beni culturali è fondata su una norma speciale – l'art. 146, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 – non suscettibile di applicazione analogica. In assenza di una omologa disposizione nel settore delle opere superspecializzate, in tale ambito, ai fini della qualificazione, è applicabile il regime di dimostrazione dei requisiti di partecipazione dei consorzi stabili del "cumulo alla rinfusa"").

Per quanto considerato vanno dunque respinte le censure e disattese altresì le richieste di parte ricorrente affinché sia disposto il rinvio pregiudiziale alla CGUE della questione di compatibilità con il diritto europeo, oppure sia sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 146 citato (laddove la deroga da esso stabilita per i beni culturali non valga anche per i lavori appartenenti alle categorie super-specialistiche).

Quanto al rinvio pregiudiziale, il quesito posto non collima con la fattispecie di causa.

Parte ricorrente rinviene la violazione del diritto dell'Unione nella possibilità che la normativa nazionale consenta "alle Amministrazioni di far eseguire opere altamente specializzate a Imprese non in possesso della necessaria qualificazione" (pag. 9 della memoria del 24/1/2022).

Senonché, non viene in rilievo una normativa nazionale così congegnata, bensì la regola che consente al Consorzio stabile di qualificarsi in gara con i requisiti posseduti in proprio (senza poter richiedere che ne sia in possesso anche il consorziato esecutore), la quale non soffre eccezioni per le categorie di lavori super-specialistiche, come detto.

Considerato il regime peculiare stabilito, la regola assolve a finalità pro concorrenziali, individuandosi il fondamento causale del Consorzio nello stabile apporto di capacità e mezzi aziendali in una «comune struttura di impresa», che costituisce l'unica controparte delle stazioni appaltanti (Cons. St. n. 2588/2021, cit.), sconfessandosi in ragione di tutto ciò – come anticipato – le preoccupazioni manifestate relativamente al tipo di lavori, tenuto conto della qualificazione posseduta in proprio dal Consorzio.

In ordine alla questione di legittimità costituzionale, essa è manifestamente infondata e non è prospettabile la manipolazione della norma che, dettata esclusivamente per i beni culturali, ha la sua *ratio* nella prefigurazione degli stessi come degni di una tutela assolutamente peculiare, assicurata dall'art. 9 Cost. e volta a preservarli dalla irrimediabile rovina che potrebbe produrre l'esecuzione dei lavori, cosicché non può che limitarsi ad essi (per ragioni insuscettibili di estensione oltre l'ambito delineato dal legislatore) la deroga al regime del cumulo alla rinfusa.

2.3. Con il terzo motivo è denunciata la violazione del punto 16 del disciplinare, poiché l'offerta tecnica dell'aggiudicataria non reca la firma digitale del tecnico abilitato.

Si sottolinea che trattasi di gara da affidare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per cui la proposta tecnico-organizzativa contiene le migliori e rappresenta un elemento costitutivo dell'offerta tecnica, per cui la mancata sottoscrizione si traduce nel difetto di un elemento essenziale, incide sulla provenienza dell'offerta e sull'assunzione di responsabilità in ordine ai suoi contenuti.

Se ne fa derivare che il concorrente avrebbe dovuto essere espulso, in esplicazione delle regole dettate dall'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016, senza che potesse attivarsi il soccorso istruttorio (dal cui campo di applicazione sono estromesse le offerte tecniche: art. 83 cit., co. 9).

È aggiunto che non può ritenersi sufficiente la firma olografa, poiché nelle procedure telematiche la sottoscrizione dell'offerta con firma digitale garantisce la provenienza e l'integrità dell'offerta medesima, vincolando il proponente e assicurandone la serietà, l'affidabilità e l'insostituibilità.

Il motivo va respinto.

Il disciplinare, al punto 16 (“Contenuto e deposito dell'offerta tecnica”) ha stabilito che:

“L’offerta tecnica deve essere sottoscritta, mediante timbro e firma olografia, da Tecnico abilitato, iscritto in un Albo Professionale, di fiducia dell’Operatore partecipante e dal Legale rappresentante del concorrente o da un suo procuratore mediante firma digitale”.

Risulta quindi che la regola di gara richiedesse il timbro e la firma olografa del tecnico abilitato, di cui è corredata l’offerta tecnica dell’aggiudicataria, assolvendo così alle prescrizioni del disciplinare.

Tanto precisato, è principio uniformemente affermato che vada accordato rilievo all’interpretazione della clausola del disciplinare che si fondi sul criterio letterale (cfr., di recente, la sentenza della sez. V di questo T.A.R. del 22/9/2021 n. 5971: *“Il canone ermeneutico letterale riveste, dunque, il primato nell’interpretazione delle prescrizioni connotanti la disciplina di gara, le quali vincolano non solo i concorrenti ma anche la stessa Amministrazione, che non conserva alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione, dovendosi garantire, unitamente alle esigenze di certezza, l’imparzialità dell’azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti. Da ciò scaturisce il corollario secondo cui, solo in presenza di un’equivoca formulazione della lettera di invito o del bando di gara, può ammettersi un’interpretazione diversa da quella letterale (cfr.: Consiglio di Stato, sez. V, 25 giugno 2014, n. 3220, 18 dicembre 2017, n. 5944 e 31 maggio 2018, n. 3267). Non risulta, quindi, possibile addivenire in via interpretativa ad una integrazione delle regole di gara, aggiungendo significati del bando in realtà non chiaramente e sicuramente rintracciabili nella sua espressione letterale”*).

Nel caso di specie, emerge chiaramente dalla disposizione del disciplinare che occorre che il tecnico apponesse il timbro e la firma olografia.

Ciò posto, questa Sezione ha già espresso il principio in virtù del quale deve essere assicurata certezza alle prescrizioni della legge di gara che, ove manifestino un chiaro significato, non possono essere manipolate per farne derivare conclusioni divergenti dal significato che ad esse va riconosciuto (cfr. la sentenza del 3/1/2020 n. 12: *“Nelle gare pubbliche le esigenze di certezza devono essere particolarmente perseguite e valorizzate, evitando interpretazioni che possano forzare il dato letterale degli atti di gara, laddove questi siano formulati in modo chiaro e non si prestino ad interpretazioni differenti da quelle che palesemente derivano dal tenore letterale delle disposizioni medesime”*; conf., 20/12/2021 n. 8102).

Pertanto, laddove il disciplinare rechi in modo chiaro le modalità di presentazione dell’offerta a cui attenersi, non è invocabile la sostanziale disapplicazione della regola da esso dettata.

Né può essere sovvertito il significato delle prescrizioni di gara adducendo che, trattandosi di procedura telematica, occorresse la firma digitale anche del tecnico, per garantire la riconducibilità

dell'offerta al concorrente e la sua serietà e affidabilità, non potendosi dedurre tale conseguenza dal rispetto delle prescrizioni del disciplinare, che attraverso timbro e firma olografa garantiscono la stessa esigenza (di tal che si palesa infondata, per tale aspetto, la dedotta illegittimità della legge di gara).

2.4. Con l'ultimo motivo, prospettato in via subordinata e al fine di ottenere la caducazione della gara, premettendo che l'ASMEL Consortile non è un "soggetto aggregatore" né una Centrale di Committenza (non avendo mai acquisito l'iscrizione nel relativo elenco), è censurato che sia stata posta in essere una procedura di gara illegittima, in quanto espletata da un soggetto non avente i poteri di Amministrazione aggiudicatrice.

È affermato che l'"investitura" in favore dell'ASMEL viola la delega di legge, assegnando una funzione pubblica a un soggetto non legittimato, costituente un'entità privata "che non detiene alcun profilo di versatilità rispetto alla disciplina interna ed eurounitaria" (pag. 15 del ricorso).

Anche tale motivo va respinto.

Nella procedura all'esame sono stati affidati all'ASMEL servizi di committenza ausiliaria (come indicato nel bando: p. I.2) e la gara è stata governata dall'amministrazione comunale aggiudicatrice, con l'utilizzo della piattaforma telematica dell'ASMEL (il disciplinare e gli atti di gara sono stati adottati dal responsabile del procedimento e della competente Area).

Non è pertanto rinvenibile il denunciato vizio, intendendo il Collegio ribadire le proprie pronunce con cui è stato ritenuto, in analoga fattispecie, "*che le attività di mero supporto informatico della ASMEL possono inquadrarsi nell'ambito della committenza ausiliaria, ai sensi e per gli effetti dell'art. 3, lett. m), del d.lgs. n. 50 del 2016, con la conseguenza che la procedura di gara è esclusivamente riferibile all'Amministrazione che si avvale dei servizi della ASMEL e non anche a quest'ultima [...] Deve infatti escludersi che la posizione di committenza ausiliaria assunta dall'ASMEL possa avere riflessi sulla legittimità della procedura di gara, trattandosi di un profilo interno relativo ai rapporti tra l'amministrazione convenuta e la ASMEL e riferita alle modalità con le quali il Comune ha ritenuto di organizzare in concreto la selezione oggetto di causa, senza che quindi la ASMEL abbia assunto la qualifica di amministrazione aggiudicatrice ovvero abbia instaurato rapporti giuridici diretti con gli operatori partecipanti alla selezione, i quali hanno avuto come interlocutore unico, per l'appunto, il solo Comune di Cesa che ha adottato formalmente e sostanzialmente tutti gli atti della procedura di gara oggetto di causa*" (sentenza del 18/3/2021 n. 1843; conf., 25/5/2021 n. 3455).

3.- Per le considerazioni che precedono il ricorso va interamente respinto, con reiezione delle domande accessorie di reintegrazione in forma specifica e di risarcimento per equivalente,

evidentemente prive dei presupposti che possano fondare la pretesa a rendersi aggiudicataria della gara ovvero al risarcimento, insussistente in quanto alcun pregiudizio patrimoniale è arrecato dall'attività amministrativa legittima.

Quanto alle spese di giudizio, per la relativa novità della questione inerente alla qualificazione del Consorzio stabile con riferimento alla cennata categoria di lavori (oggetto di esame recente della giurisprudenza), si rinvencono eccezionali motivi per disporre la compensazione per l'intero tra tutte le parti costituite, non essendovi luogo a provvedere nei confronti delle altre parti evocate in giudizio e non costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge interamente.

Compensa per l'intero le spese di giudizio tra tutte le parti costituite, non essendovi luogo a provvedere nei confronti delle altre parti non costituite.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Giuseppe Esposito, Consigliere, Estensore

Maurizio Santise, Consigliere

IL SEGRETARIO