

**APPALTI: Contratti della P.A. - Mancata presentazione copia del contratto di avvalimento - Soccorso istruttorio - Data di sottoscrizione del contratto di avvalimento - Anteriore alla scadenza del termine di presentazione delle offerte - Sottoscrizione certa - Art. 2704 c.c.**

**Tar Emilia Romagna - Bologna, Sez. I, 15 febbraio 2022, n. 170**

- in *Urb. e appalti*, 4, 2022, pag. 558 e ss., con commento di Giovanni Mangialardi, *Mancata allegazione del contratto di avvalimento e soccorso istruttorio*.

*“[...] Nel caso di soccorso istruttorio si pone però all’evidenza il problema di dimostrare, a posteriori, che il contratto di avvalimento sia stato stipulato prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte [...] come si desume dall’art. 89, c. 1, d.lgs. n. 50 del 2016 secondo cui il contratto va prodotto unitamente alla domanda di partecipazione [...].*

*A tal proposito occorre che la data di sottoscrizione sia certa ai sensi dell’art. 2704 c.c. ovvero che risulti da atto pubblico, scrittura privata autenticata o registrazione [...] con la precisazione che la sottoscrizione può avvenire anche digitalmente purché con marcatura temporale [...]”.*

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Unione dei Comuni della Bassa Romagna, del Comune di Lugo e di Tre Ti s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2022 il dott. Paolo Amovilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1.-Espone Linea Gobbato s.n.c. di Gobbato Ivone & C, odierna ricorrente, di aver partecipato alla procedura aperta per l’affidamento, col criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, dell’appalto di lavori denominati “opere relative alla torre scenica, sipario e tendaggi” e relativi al teatro comunale “Gioacchino Rossini” di Lugo, indetto dall’Unione dei Comuni della Bassa Romagna per un valore complessivo pari a 330.088,13 euro.

Con determinazione del 17 settembre 2021 l’Unione dei Comuni della Bassa Romagna ha disposto l’aggiudicazione in favore della Tre Ti s.r.l. mentre la società Linea Gobbato è giunta seconda.

L'impresa Tre Ti era stata preventivamente ammessa al soccorso istruttorio per la presentazione del contratto di avvalimento con l'ausiliaria BOWT avente ad oggetto la SOA OS6 Cat II, non allegato alla domanda di partecipazione.

Con il ricorso in esame la ricorrente ha impugnato la suindicata aggiudicazione unitamente alla determina di ammissione alla gara all'esito del soccorso istruttorio, deducendo motivi così riassumibili:

I) Violazione e falsa applicazione degli artt. 83 e 89, d.lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 11 e dell'art. 18 del bando. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, errore sui presupposti e travisamento dei fatti, illogicità e irragionevolezza manifeste, nonché disparità di trattamento. Violazione del principio di par condicio e di autoresponsabilità: l'impresa controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara a causa della mancata allegazione alla domanda di partecipazione del contratto di avvalimento, come richiesto a pena di esclusione anche dal bando, non essendo ammesso - come invece consentito dalla stazione appaltante - il soccorso istruttorio;

II) Violazione e falsa applicazione, sotto altro profilo, degli artt. 83 e 89 d.lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 11 e dell'art. 18 del Bando. Eccesso di potere, sotto altro profilo, per difetto di istruttoria, errore sui presupposti e travisamento dei fatti, illogicità e irragionevolezza manifeste, nonché disparità di trattamento. Violazione del principio secondo cui i requisiti devono essere posseduti entro la scadenza del termine per presentare l'offerta. Violazione degli artt. 20 ss. d.lgs. 82/2005, e degli artt. 2702 ss. c.c. Violazione dell'art. 80, c. 6, d.lgs. 50/2016: il contratto di avvalimento presentato dalla controinteressata in sede di soccorso istruttorio si sarebbe perfezionato soltanto il 30 agosto 2021 ovvero in data successiva al termine di presentazione delle offerte (23 agosto 2021) mentre dovrebbe avere data certa anteriore desumibile ex art. 2704 c.c. da atto pubblico, autenticazione delle firme o registrazione.

III) Violazione e falsa applicazione, sotto altro profilo, dell'art. 83 e dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016. Eccesso di potere, sotto altro profilo, per difetto di istruttoria, errore sui presupposti, travisamento dei fatti. Violazione del principio di par condicio tra i concorrenti: il contratto di avvalimento sarebbe comunque nullo ex art. 89 d.lgs. 50/2016 per genericità del contenuto limitandosi la lettera b) dell'art. 2 del contratto di avvalimento in questione a stabilire che l'impresa ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata "le risorse necessarie di cui è carente l'impresa ausiliata, di fornire quindi le risorse materiali o tecniche per l'esecuzione dell'appalto [...], e che le stesse consistono in: supervisione da parte del direttore tecnico o di un suo incaricato per tutto lo svolgimento dei lavori". Non vi sono altri punti del contratto in cui si specifica quali concretamente sarebbero, in ragione dei lavori che l'ausiliata, se aggiudicataria della gara, dovrà

svolgere presso il Teatro comunale, le “risorse materiali e tecniche” messe a disposizione dell’ausiliata.

Si è costituita in giudizio l’Unione dei Comuni della Bassa Romagna eccependo l’infondatezza di tutti i motivi “ex adverso” dedotti poiché, in sintesi, la giurisprudenza più recente ammetterebbe il soccorso istruttorio di cui all’art. 83 c. 9 d.lgs. 50/2016 anche in ipotesi di mancata allegazione del contratto di avvalimento in presenza delle dichiarazioni dell’impresa ausiliaria ed ausiliata di cui all’art. 89 c. 1 d.lgs. 50/2016; nel caso di specie vi sarebbero elementi gravi precisi e concordanti per ritenere perfezionato il contratto in data anteriore al termine di scadenza di presentazione delle offerte. Sarebbe sul punto irrilevante anche la previsione della lex specialis nella parte in cui impone a pena di esclusione l’allegazione alla domanda di partecipazione del contratto di avvalimento, in quanto nulla ai sensi dell’art. 83 c. 8 d.lgs. 50/2016 e come tale disapplicabile dalla stazione appaltante. Ha citato poi recente sentenza del Consiglio di Stato (n. 3209 del 21 maggio 2020) secondo cui in caso di firma digitale basta l’anteriorità della firma di uno dei contraenti unita ad altri elementi ovvero la dichiarazione dell’ausiliata.

Si è costituito in giudizio anche il Comune di Lugo con argomentazioni difensive pressoché identiche a quelle dell’Unione.

Si è costituita infine anche la controinteressata Tre Ti s.r.l. secondo cui in sintesi richiamandosi anche alla giurisprudenza della Cassazione in tema di contratti c.d monofirma, il contratto di avvalimento in questione è stato pacificamente richiamato ed accettato dalla Tre Ti in epoca antecedente alla scadenza del termine per il deposito della domanda (23 agosto 2021) con ciò determinando il perfezionamento dell’accordo contrattuale e rendendo quindi irrilevante la sua sottoscrizione in data 30 agosto 2021 che deve essere qualificata quale mera ratifica formale dell’accordo già perfezionato, anche in epoca antecedente alla scadenza del termine per la presentazione della domanda.

Alla camera di consiglio del 10 novembre 2021 con ordinanza n. 528/2021 la domanda incidentale cautelare è stata respinta considerata la prevalenza allo stato attuale dell’interesse generale al completamento dell’opera (già iniziata stante la consegna in via d’urgenza avvenuta il 18 ottobre 2021) rispetto all’interesse patrimoniale azionato dalla ricorrente, comunque adeguatamente ristorabile, pur riservandosi il Collegio un più approfondito esame in sede di merito delle questioni di diritto dedotte con i primi due motivi di gravame.

In prossimità della trattazione nel merito le parti hanno depositato memorie e documentazione, precisando le proprie argomentazioni difensive.

La difesa della ricorrente ha lamentato preliminarmente la mancata ostensione da parte dell'Amministrazione dello stato di avanzamento dei lavori pur in seguito alle proprie istanze di accesso, ribadendo come l'impresa ausiliata Tre Ti abbia pacificamente accettato il contratto solo il 30 agosto 2021 ovvero dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte. A suo dire per il contratto di avvalimento la forma scritta sarebbe richiesta "ad substantiam" e sarebbe determinante la prova della sottoscrizione in data certa anteriore al suddetto termine, non essendo pertinenti i precedenti giurisprudenziali citati dalla stazione appaltante.

Le difese del Comune e dell'Unione hanno evidenziato in punto di fatto come il 10 gennaio 2022 sia stata concessa alla Tre Ti una proroga di 28 giorni, senza tuttavia specificare lo stato di esecuzione contrattuale. Hanno inoltre eccepito la mancata presentazione da parte della ricorrente della domanda di risarcimento per equivalente per la parte del contratto già eseguita.

Ha replicato la ricorrente quanto alla domanda risarcitoria per equivalente relativa ai lavori già eseguiti, di riservarsi ex art 34 c. 3 c.p.a. di proporla in separato successivo giudizio, fermo restando il proprio interesse all'accertamento dell'illegittimità dell'aggiudicazione.

All'udienza pubblica del 26 gennaio 2022, uditi i difensori delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1.-E' materia del contendere la legittimità dell'aggiudicazione disposta dall'Unione dei Comuni della Bassa Romagna nei confronti della Tre Ti s.r.l. della procedura aperta per l'affidamento dell'appalto di lavori denominati "opere relative alla torre scenica, sipario e tendaggi" e relativi al teatro comunale "Gioacchino Rossini" di Lugo.

Lamenta l'impresa Linea Gobbato s.n.c., seconda classificata, l'illegittima ammissione dell'aggiudicataria per la mancata produzione in sede di gara del contratto di avvalimento comunque recante data posteriore al termine di scadenza di presentazione delle offerte e da ritenersi nullo ex art. 89 c 1 d.lgs. 50/2016 per indeterminatezza dell'oggetto.

2.- Il ricorso è fondato e deve essere accolto.

3.- In punto di fatto rileva evidenziare come il contratto di appalto sia stato stipulato il 2 dicembre 2021, i lavori iniziati il 18 ottobre 2021 in seguito alla consegna in via d'urgenza ed il 10 gennaio 2022 sia stata concessa dalla stazione appaltante una proroga di 28 giorni. Va altresì evidenziato come è pacifico che il contratto di avvalimento utilizzato dall'impresa Tre Ti per la partecipazione alla gara è stato formalmente sottoscritto digitalmente dall'impresa ausiliaria il 19 agosto 2021 prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte mentre l'ausiliata Tre Ti soltanto il 30 agosto 2021 ovvero dopo tale termine.

4.- Quanto ai primi due motivi di gravame ritiene come visto la difesa della stazione appaltante in primis che la mancata allegazione del contratto di avvalimento in sede di gara possa sanarsi mediante il soccorso istruttorio in presenza delle dichiarazioni dell'ausiliaria e dell'ausiliata di cui all'art. 89 c. 1 d.lgs. 50/2016. Ritiene inoltre la sussistenza di elementi gravi precisi e concordanti idonei a comprovare l'intervenuto perfezionamento dell'avvalimento in data anteriore al 23 agosto 2021 quali in particolare la dichiarazione ex art. 89 c. 1 d.lgs. 50/2016 con cui la Tre Ti dichiarava di partecipare in avvalimento con BOTW ed il DGUE di Tre Ti in cui si esprime l'intenzione di ricorrere all'avvalimento. Tali elementi univoci e concordanti comproverebbero inequivocabilmente la volontà della concorrente di adesione al contratto

4.1.- Non ritiene il Collegio di poter aderire alle suindicate pur motivate argomentazioni.

Il contratto di avvalimento, ai sensi dell'art. 89 c. 1 d.lgs. 50/2016, deve essere allegato in originale o copia autenticata alla domanda di partecipazione alla gara unitamente alla dichiarazione dell'impresa ausiliaria circa il possesso dei requisiti morali e l'assunzione dell'obbligo verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente.

Anche il bando nella gara per cui è causa ha richiesto tale adempimento documentale espressamente a pena di esclusione dalla gara, coerentemente con il suindicato disposto normativo.

4.2.- Il citato art. 89, comma 1, distingue la dichiarazione con cui l'ausiliaria si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente, dal contratto di avvalimento; tale dichiarazione è fondamentale perché l'ausiliario assuma direttamente nei confronti della stazione appaltante gli obblighi di mettere a disposizione del concorrente i requisiti e le risorse di cui quest'ultimo è carente, laddove il contratto di avvalimento ha un'efficacia "inter partes" ed è fonte per il medesimo ausiliario di obblighi nei soli confronti del concorrente (T.A.R. Lazio Roma sez. I, 22 febbraio 2021, n. 2113).

La giurisprudenza ammette in ipotesi di mancata presentazione di copia del contratto di avvalimento l'attivazione del soccorso istruttorio di cui all'art. 83 c. 9 d.lgs. 50/2016 ove l'impresa ausiliaria ed ausiliata abbiano prodotto in gara le dichiarazioni di cui al citato art. 89 (*ex multis* Consiglio di Stato sez. V, 21 maggio 2020, n. 3209) fermo restando l'esclusione del soccorso con riguardo ai profili contenutistici del contratto di avvalimento.

4.3. - Nel caso di soccorso istruttorio si pone però all'evidenza il problema di dimostrare, a posteriori, che il contratto di avvalimento sia stato stipulato prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte (Consiglio di Stato sez. V, 21 maggio 2020, n.3209; Id. sez. V, 20 agosto

2019, n. 5747) come si desume dall'art. 89, c. 1, d.lgs. n. 50 del 2016 secondo cui il contratto va prodotto unitamente alla domanda di partecipazione (Consiglio di Stato sez. V, 20 agosto 2019, n. 5747).

A tal proposito occorre che la data di sottoscrizione sia certa ai sensi dell'art. 2704 c.c. ovvero che risulti da atto pubblico, scrittura privata autenticata o registrazione (Consiglio di Stato sez. V, 20 agosto 2019, n.5747) con la precisazione che la sottoscrizione può avvenire anche digitalmente purché con marcatura temporale (Cassazione sez. I, 13 febbraio 2019, n. 4251).

4.4.- Va anche precisato per quel che qui rileva che la forma scritta del contratto di avvalimento è prescritta “ad substantiam” (in termini C.G.A. Sicilia, 19 febbraio 2016, n. 52, Consiglio di Stato sez. V, 21 maggio 2020, n. 3209 ma anche Cons. Stato, Ad. plen., 4 novembre 2016, n. 23 nella prospettiva della forma quale mezzo di controllo della stazione appaltante sui requisiti essenziali dell'avvalimento) trattandosi di contratto tra privati ma funzionalizzato alla partecipazione ad un procedimento di evidenza pubblica. L'avvalimento, inoltre, è contratto a titolo oneroso (*ex multis* T.A.R. Liguria sez. I, 2 agosto 2021, n.745) pur ammettendo la giurisprudenza anche la causa atipica gratuita ove dal testo contrattuale emerga chiaramente l'interesse, direttamente o indirettamente patrimoniale, che ha guidato l'ausiliario ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto in questione e le relative responsabilità (Consiglio di Stato sez. V, 25 gennaio 2016, n. 242).

Può ammettersi - come sostengono le difese delle amministrazioni resistenti e della controinteressata - la non simultaneità della sottoscrizione, dovendosi però sempre accertare che la data della seconda sottoscrizione sia anteriore al termine di presentazione delle offerte.

4.5.- Trattandosi di contratto formale non può ammettersi il perfezionamento del contratto all'atto della mera presentazione della dichiarazione dell'ausiliaria di cui all'art. 89 c. 1 d.lgs. 50/2016 alla stregua di un comportamento concludente, dal momento che la dichiarazione ed il contratto hanno funzione come detto diversa e non sono tra loro sovrapponibili come è evincibile chiaramente dal tenore letterale della norma.

Potrebbe semmai ammettersi l'approvazione degli effetti del contratto ad opera della parte che non lo ha formalmente sottoscritto, in ipotesi di produzione in sede di gara di copia del contratto firmato dalla controparte con decorrenza dalla presentazione dell'offerta cui è allegato (vedi Consiglio di Stato sez. V, 21 maggio 2020, n. 3209).

Nella fattispecie però l'impresa ausiliata Tre Ti non ha presentato in sede di gara nemmeno la copia del contratto sottoscritto dalla sola ausiliaria, si che non può dirsi provato il perfezionamento del contratto in data antecedente il 23 agosto 2021.

Giova ancora evidenziare come la mancata prova del perfezionamento del contratto in data antecedente la scadenza del termine di presentazione delle offerte sia strettamente funzionale alla verifica dei requisiti di partecipazione in capo all'impresa concorrente, la quale ha dichiarato di voler ricorrere all'avvalimento per la SOA OS 6 Cat. II, non direttamente posseduta.

4.6.- Non pertinente, infine, è il richiamo alla recente sentenza n. 3209/2020 del Consiglio di Stato laddove il contratto di avvalimento non allegato alla domanda di partecipazione risultava comunque tempestivamente sottoscritto digitalmente da entrambi i contraenti e per di più, seppur con la sola firma digitale dell'ausiliaria, allegato all'offerta proposta dal concorrente.

A prescindere da ogni altra considerazione ritiene il Collegio assorbente la circostanza per cui in tal giudizio il contratto di avvalimento - diversamente dal caso di specie - risultava sì non allegato alla domanda di partecipazione alla gara ma sottoscritto seppur digitalmente da entrambi i contraenti prima del termine di scadenza di presentazione delle offerte.

5.- Alla luce delle suesposte argomentazioni il secondo motivo di gravame, di carattere assorbente, è fondato, con conseguente illegittimità dell'aggiudicazione disposta nei confronti della Tre ti s.r.l. la quale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

6.- Quanto alle consequenziali domande della ricorrente, seconda classificata, di subentro nell'aggiudicazione previa dichiarazione di inefficacia del contratto "medio tempore" (ovvero il 2 dicembre 2021) stipulato osserva il Collegio quanto segue.

L'art. 122 c. p. a. demanda al giudice la regolazione degli effetti dell'inefficacia del contratto, salvo che dall'annullamento dell'aggiudicazione derivi la ripetizione della gara; tuttavia, in base al combinato disposto degli art. 34 e 122 c. p. a., deve ritenersi consentito al giudice, in caso di accoglimento del ricorso avverso l'aggiudicazione di un appalto, di regolare la decorrenza della inefficacia del contratto medio tempore stipulato, coordinandola con l'esito della ripetizione della gara, quando gli interessi dedotti in giudizio lo richiedano (T.A.R. Lazio Roma sez. II, 24 dicembre 2019, n. 14851).

Come noto l'art 122 non comporta in seguito all'annullamento l'automatica inefficacia del contratto, dovendo il g.a. tener conto di vari elementi tra i quali la gravità del vizio e lo stato di esecuzione del contratto e dovendo dosare, nel caso di inefficacia, la stessa decorrenza retroattiva o "ex nunc" del contratto (*ex multis* T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 20 novembre 2020, n. 12221).

Nella fattispecie la stazione appaltante pur in seguito alle istanze di accesso presentate dalla ricorrente non ha dato prova certa dello stato di esecuzione del contratto, che comunque non risulta interamente eseguito, né della sussistenza - come suo onere - di circostanze concretamente ostative al richiesto subentro il quale comunque, anche secondo il diritto comunitario, costituisce la forma di

tutela primaria per l'impresa illegittimamente pretermessa dall'aggiudicazione (*ex multis* Consiglio di Stato sez. IV, 2 dicembre 2013, n. 5725).

Ritiene dunque il Collegio di disporre il richiesto subentro con decorrenza dalla pubblicazione della sentenza, con salvezza dunque delle prestazioni contrattuali sin qui effettuate dalla Tre Ti.

7.- Non è invece possibile alcuna tutela risarcitoria per equivalente per le prestazioni già eseguite, non avendo parte ricorrente formulato al riguardo alcuna domanda, come eccepito dalle stesse difese delle amministrazioni convenute.

Se è vero che nella materia degli appalti, la tutela risarcitoria, quale accolta nel codice del processo amministrativo all'art. 124, costituisce una misura residuale e compensativa rispetto alla tutela primaria in forma specifica (*ex multis* Consiglio di Stato sez. IV, 2 dicembre 2013, n.5725; T.A.R. Campania Napoli sez. VIII, 11 ottobre 2012, n. 4058) ai sensi del combinato disposto degli artt. 122 e 124 c.p. a., qualora risulti impossibile dichiarare l'inefficacia del contratto a causa della sua integrale esecuzione, essendo state completate le relative lavorazioni prima dell'annullamento dell'aggiudicazione, il giudice dovrà disporre il risarcimento del danno per equivalente, "subito e provato" occorrendo all'uopo una specifica domanda di parte corredata degli elementi costitutivi della pretesa risarcitoria.

8.- Per i suesposti motivi la domanda di annullamento dell'aggiudicazione di cui al ricorso va accolta, con l'effetto del subentro nell'aggiudicazione stessa ed inefficacia del contratto stipulato il 2 dicembre 2021 con la Tre Ti s.r.l.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite in considerazione della complessità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna Bologna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla l'aggiudicazione impugnata e ne dispone il subentro da parte della ricorrente, come da motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Andrea Migliozzi, Presidente

Carlo Buonauro, Consigliere

Paolo Amovilli, Consigliere, Estensore



**L'ESTENSORE**

**Paolo Amovilli**

**IL PRESIDENTE**

**Andrea Migliozi**

**IL SEGRETARIO**

---