

# Il contratto di avvalimento e la sua forma, con riferimento alla sottoscrizione dell'ausiliata e ausiliaria.

di Silvia Segalina

Data di pubblicazione: 11-2-2025

*Il concorrente può ricorrere, nell'ambito della medesima gara, all'avvalimento sia operativo che premiale, non essendo previsti dal legislatore in alternativa l'uno con l'altro.*

*La stipulazione del contratto di avvalimento presuppone, ai sensi dell'art. 104, comma 1 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, la forma scritta ad substantiam, con sottoscrizione dell'ausiliata e dell'ausiliaria. Se manca la firma di quest'ultima l'impresa concorrente può integrare tale profilo mediante il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio che, tuttavia, può dirsi validamente esperito solo se risulta allegata anche la marca temporale che accerti la data certa anteriore della sottoscrizione dell'ausiliaria rispetto al termine ultimo per la presentazione delle offerte. Invece, in caso di contratto di avvalimento firmato soltanto dall'ausiliaria questo può considerarsi firmato anche dall'ausiliata, con data corrispondente a quella in cui è avvenuto il deposito.*

Publicato il 16/12/2024

**N. 07139/2024 REG.PROV.COLL.**

**N. 05500/2024 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;  
sul ricorso numero di registro generale 5500 del 2024, proposto da

Ristosì S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG B2C4411601, rappresentato e difeso dall'avvocato Fausto Troilo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania Molise Puglia e Basilicata Sede di Napoli, Ufficio Territoriale del Governo Napoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale Napoli, domiciliataria ex lege in Napoli, via Diaz 11;

Comune di Casavatore, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato William Esposito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Prometeo Cooperativa Sociale, non costituito in giudizio;

***per l'annullamento previa idonea misura cautelare,***

- della comunicazione SUA avente ad oggetto "Esclusione dalla gara servizio di ristorazione scolastica destinato agli alunni ed al personale scolastico autorizzato delle scuole statali dell'infanzia e primaria a tempo prolungato ubicate sul territorio del comune di Casavatore (NA)", trasmessa alla ricorrente in data 21.10.2024, nonché del relativo provvedimento di esclusione;

- della comunicazione SUA, trasmessa alla ricorrente in data 29.10.2024, con cui sono state ribadite "le motivazioni che hanno determinato l'esclusione della Soc. Ristosì dal procedimento di gara, dettagliatamente comunicate nella seduta pubblica di gara del giorno 16-10-2024";

- del verbale di gara del 16.10.2024, nonché di ogni provvedimento, ancorché non conosciuto, con cui è stata disposta e/o confermata l'esclusione della ricorrente dalla gara di che trattasi,

nonché, ove occorrer possa,

- degli atti di gara e della lex specialis, ed in particolare dell'art. 7 del Disciplinare e di ogni altro atto e/o disposizione di gara, ove interpretabile nel senso che il concorrente avrebbe potuto ricorrere ad avvalimento premiale, alternativamente a quello qualificante e comunque solo se autonomamente in possesso di tutti i requisiti di partecipazione, nonché del medesimo art. 7 e dell'art. 13 del Disciplinare di gara, ove interpretabili nel senso che, in caso di attivazione del soccorso istruttorio riguardante il contratto di avvalimento, la prova della data certa avrebbe dovuto e potuto essere data solo con la marcatura temporale,

e, comunque,

- di tutti gli atti e/o provvedimenti presupposti, connessi, conseguenti e correlati a quelli sopra

descritti, ancorché non conosciuti,

nonché

- in via principale, per la declaratoria del diritto della ricorrente ad essere riammessa in gara ed a vedere scrutinata la propria offerta;

- in subordine, per la sola (e non creduta) ipotesi di impossibilità al risarcimento in forma specifica, per l'accertamento della illegittimità dei provvedimenti impugnati,

e con riserva

di esperire tutte le relative azioni risarcitorie e/o indennitarie da formulare ex post con se-parato giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e di Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania Molise Puglia e Basilicata Sede di Napoli e di Ufficio Territoriale del Governo Napoli e di Comune di Casavatore;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2024 la dott.ssa Anna Pappalardo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Con ricorso introduttivo del giudizio, la società Ristosì s.r.l. espone di aver partecipato alla gara d'appalto per l'affidamento del "Servizio di ristorazione scolastica destinato agli alunni ed al personale scolastico autorizzato delle scuole statali dell'infanzia e primaria a tempo prolungato ubicate sul territorio del comune di Casavatore (NA) - CAM per il servizio di ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari di cui al D.M. Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare del 10 marzo 2020", indetta dal Provveditorato interregionale per la Campania, Molise, Puglia e Basilicata – Stazione Unica Appaltante Napoli 1.

Con comunicazione del 21 ottobre 2024, impugnata in questa sede, la Stazione Unica escludeva la ricorrente dalla gara in ragione dell'uso improprio del contratto di avvalimento.

In particolare, l'amministrazione, in primo luogo, evidenziava che la concorrente, priva dei requisiti di capacità economica e finanziaria nonché di quelli tecnico-professionali necessari per la partecipazione alla procedura, si fosse avvalsa della Soc New Food tanto per

l'ammissione alla gara quanto per il miglioramento della propria offerta tecnica. Da ciò una ritenuta inammissibilità, atteso che nella prospettiva della SA l'allegazione del contratto di avvalimento in entrambe le sezioni, amministrativa e tecnica, avrebbe potuto generare un'inammissibile commistione tra elementi dell'offerta.

Inoltre, il Seggio di gara rilevava che non si sarebbe proceduto comunque all'apertura dell'offerta tecnica poiché il contratto presentato in formato originale .p7m non risultava sottoscritto dall'impresa ausiliaria, per cui l'accordo tra le parti non si sarebbe validamente perfezionato, coerentemente con il primo comma dell'art. 104 del D.lgs. n. 36/2023, che esige per il contratto di avvalimento la forma scritta a pena di nullità.

Ancora, la Stazione appaltante evidenziava che l'art. 104 comma 4 del nuovo codice appalti consentirebbe di usufruire dell'avvalimento premiale per migliorare la propria offerta, soltanto laddove il concorrente possieda già le risorse necessarie per l'esecuzione della commessa e ricorra all'ausilio al fine di conseguire un punteggio incrementale. In tal senso deporrebbe la lettera della norma, prevedendo una necessaria alternativa tra l'uso dell'avvalimento "per acquisire un requisito di partecipazione o per migliorare la propria offerta".

La Ristosì, in riscontro alla comunicazione, contestava le motivazioni a supporto dell'esclusione con nota del 23 ottobre 2024 inviando il contratto di avvalimento sottoscritto digitalmente anche dall'ausiliaria, e chiedendo, quindi, la riammissione in gara.

La Stazione Unica Appaltante Napoli 1, con nota del 29 ottobre 2024 parimenti impugnata, precisava che: "il contratto di avvalimento allegato al fine di dimostrare che la rilevata mancata sottoscrizione da parte della ausiliaria è stata determinata da un mero errore materiale si evidenzia che lo stesso è stavolta firmato esclusivamente dall'ausiliaria e che, in assenza di una marcatura temporale, non possiede, per legge, valenza probante in merito al momento della sua formazione" e ribadiva le motivazioni determinanti l'esclusione della ricorrente dalla procedura di gara.

Il ricorso è affidato ad una sola censura:

1. Violazione e/o falsa applicazione di legge, ed in particolare degli artt. 101, 104 e ss. D.Lgs. 36/2023. Violazione e/o falsa applicazione delle regole di gara e, in particolare, degli artt. 7, 13 e ss. del Disciplinare di gara. Eccesso di potere per falso supposto in fatto, manifesta erroneità della motivazione e travisamento. Violazione del principio del *clare loqui*. Ingiustizia manifesta.

Con un unico e articolato motivo di ricorso, parte ricorrente deduce l'insussistenza della censurata "commistione tra elementi dell'offerta" connessa alla "allegazione del contratto in entrambe le sezioni amministrativa e tecnica", poiché la circostanza sarebbe superabile attraverso la differenziazione delle verifiche, la prima, dell'avvalimento partecipativo, in sede di scrutinio della documentazione amministrativa e la seconda, relativa all'avvalimento premiale, in sede di scrutinio dell'offerta tecnica.

Rispetto alla mancata sottoscrizione del contratto di avvalimento, parte ricorrente rileva che,

poiché l'assenza del contratto sottoscritto da ambo i contraenti sarebbe frutto di un mero errore materiale, coerentemente con il primo comma dell'art. 101 del d.lgs. n. 36/2023, secondo cui tutte le vicende riguardanti la presentazione del contratto di avvalimento possono essere oggetto di soccorso istruttorio, la stazione appaltante avrebbe dovuto ritenere valido il contratto firmato dall'ausiliaria depositato successivamente, in riscontro alla comunicazione del 21 ottobre.

In primo luogo, sarebbe legittima la produzione di due contratti, l'uno firmato dall'ausiliaria e l'altro dall'ausiliata, poiché la redazione di un unico documento sottoscritto da ambo le parti non sarebbe necessaria per ritenere soddisfatto il requisito della forma scritta ad substantiam (Cons. Stato, sez. V, n. 4715/2022).

Parimenti, anche l'assunto circa l'assenza di una marcatura temporale per cui il contratto non possiederebbe valenza probante in merito al momento della sua formazione sarebbe privo di fondamento, poiché, da un lato, sarebbe comprovato il momento della formazione del contratto e, dall'altro, la marcatura temporale della documentazione non sarebbe stata necessaria.

In relazione al primo aspetto andrebbe tenuta in considerazione la circostanza della trasmissione via mail del contratto firmato dall'ausiliaria alla ricorrente in data 18 settembre 2024, data antecedente alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta. Inoltre, la conferma della non necessità della marcatura temporale si ricaverebbe anche dall'art. 13 del Disciplinare, ove emerge la necessità della sottoscrizione digitale di tutta la documentazione di gara, mentre nulla si legge in merito alla marcatura temporale. Dunque, la richiesta da parte della stazione appaltante dell'invio di un documento di gara in una modalità non originariamente prevista dalla lex specialis integrerebbe una violazione di quest'ultima.

Altrettanto infondato sarebbe l'assunto, pure fatto proprio dalla stazione appaltante, secondo cui la lettera del quarto comma dell'art. 104 del nuovo Codice appalti imporrebbe un rapporto di alternatività tra l'avvalimento partecipativo e premiale. A detta di parte ricorrente, infatti, la preposizione disgiuntiva della norma andrebbe letta nel senso che richiederebbe al concorrente di precisare se il contratto di avvalimento abbia ad oggetto un requisito partecipativo o migliorativo, ma non imporrebbe il possesso dei requisiti partecipativi per l'accesso all'avvalimento premiale. Una diversa interpretazione si porrebbe in contrasto con la ratio dell'istituto, coerente con la relazione illustrativa del nuovo Codice, finalizzata a ricomprendere nell'ambito dell'avvalimento anche quello premiale, in aggiunta e non in alternativa a quello partecipativo. L'interpretazione sarebbe confermata anche dall'art. 13 della relazione illustrativa al bando tipo 1/2023 dell'ANAC e dall'art. 7 del bando tipo-schema di disciplinare del 27 giugno 2023, da cui emergerebbe che l'avvalimento possa essere prestato per dimostrare un requisito di partecipazione, per migliorare l'offerta oppure per entrambe le finalità.

Peraltro, la società ricorrente impugna gli artt. 7 e 13 del disciplinare di gara ove interpretabili il primo nel senso che il concorrente avrebbe potuto ricorrere ad avvalimento premiale, alternativamente a quello qualificante e comunque solo se autonomamente in possesso di tutti i requisiti di partecipazione, e, il secondo, nel senso che, in caso di attivazione del soccorso istruttorio riguardante il contratto di avvalimento, la prova della sottoscrizione in data certa

avrebbe dovuto e potuto essere data solo con la marcatura temporale.

Si costituiva in giudizio il Ministero delle Infrastrutture, eccependo la tardività del ricorso per la parte che riguarda le clausole del bando di gara, che se immediatamente escludenti avrebbero dovuto essere impugnate immediatamente, nonché l'infondatezza del ricorso.

Allo stesso modo, si costituiva anche il Comune eccependo l'improcedibilità del primo capo di censura per carenza di interesse, poiché l'allegazione dell'avvalimento premiale all'interno della busta virtuale riguardante la documentazione amministrativa non avrebbe rappresentato motivo di esclusione della Ristosì dalla gara. L'amministrazione ha poi sostenuto diffusamente l'infondatezza del ricorso.

Alla udienza in camera di consiglio del 21.11.2024 fissata per la trattazione della istanza cautelare previo avviso alle parti ex art. 60 cpa, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Va preliminarmente rilevato che il presente ricorso può essere deciso immediatamente nel merito con sentenza ex art. 60 cpa, secondo quanto rappresentato alle parti a verbale della odierna camera di consiglio, in quanto lo stesso è manifestamente infondato.

Ancora in via preliminare, si ritiene di poter prescindere dalle eccezioni di rito sollevate dalle parti resistenti, in ragione della rilevata infondatezza nel merito del gravame.

Va premesso che le comunicazioni di esclusione oggetto della controversia costituiscono un atto plurimotivato, fondate sostanzialmente su tre ragioni, riassumibili in due autonomi capi.

La prima ragione di esclusione è data dalla commistione tra gli elementi dell'offerta, che sarebbe dovuta all'allegazione del contratto di avvalimento in entrambe le sezioni amministrativa e tecnica, che si intreccia con la terza motivazione, riguardante il rapporto di alternatività tra l'uso dell'avvalimento al fine di consentire al concorrente di soddisfare i requisiti partecipativi, c.d. avvalimento operativo, e l'uso del contratto volto ad ottenere un punteggio maggiore nella valutazione dell'offerta tecnica, c.d. avvalimento premiale.

Il secondo motivo, invece, che rappresenta il fulcro del provvedimento, consiste nella mancata sottoscrizione del contratto dall'impresa ausiliaria, peraltro ribadito dalla stazione appaltante a seguito delle deduzioni presentate dalla ricorrente in sede di soccorso istruttorio. Infatti, con la prima delle comunicazioni impugnate, l'amministrazione ha escluso la Ristosì s.r.l. per aver depositato il contratto di avvalimento firmato soltanto dalla concorrente ausiliata, mentre con la seconda ha confermato l'esclusione della concorrente sulla base della circostanza per cui il contratto fosse: "stavolta firmato esclusivamente dall'ausiliaria e che in assenza di una marcatura temporale, non possiede, per legge, la valenza probante in merito al momento della sua formazione", limitandosi poi a ribadire le ulteriori ragioni poste a fondamento della prima comunicazione.

In disparte dunque il rapporto sussistente tra avvalimento operativo e premiale alla luce del d.lgs. 36/2023, in quanto assorbito dalla fondatezza del motivo cardine di esclusione, il Collegio ritiene di potersi limitare ad esaminare il capo della doglianza relativo alla carenza

della sottoscrizione del contratto di avvalimento.

Il relativo capo è basato su censure che si presentano infondate; di fronte alla suddetta ipotesi, è pacifico che sia sufficiente che una sola delle ragioni poste a fondamento dell'atto resista alle censure mosse dalla parte ricorrente affinché lo stesso superi il vaglio di legittimità giurisdizionale, con il conseguente assorbimento delle doglianze mosse avverso gli altri capi dell'atto (ex multis T.A.R. Campania Napoli, sez. II, 13 novembre 2024, n. 6211; Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2024, n.7340; id., sez. III, 16 agosto 2024, n.7157; id., sez. III, 8 luglio 2024).

Che il contratto di avvalimento richiedesse la forma scritta ad substantiam actus era un assunto già consolidato in giurisprudenza prima dell'intervento del nuovo Codice appalti, pur nel silenzio del legislatore (cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 maggio 2020, n. 3209). Invero, già l'art. 89 d.lgs. n. 50/2016 richiedeva che il concorrente allegasse alla domanda di partecipazione "in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto", ricalcando l'art. 49 comma 2, let. f) del d.lgs. 163/2006 e, in tal modo, dando per presupposto che l'accordo dovesse avere forma scritta.

Sin da allora si osservava infatti che: "Con il contratto si responsabilizza l'ausiliario imponendo l'individuazione espressa degli obblighi che assume e contemporaneamente si dà alla stazione appaltante certezza di quelli che sono gli impegni effettivamente presi tra le parti proprio per evitare quelle elusioni alle regole sulla partecipazione alle gare tanto temute dalla dottrina". (cfr. C.G.A. Sicilia, 19 febbraio 2016, n. 52). Il primo comma del nuovo art. 104 d.lgs. n. 36/2023 si pone dunque in linea di continuità con la consolidata giurisprudenza rispettosa dell'intenzione del legislatore, poi emersa con maggior chiarezza nel nuovo codice.

Affinché, poi, possa ritenersi soddisfatto il requisito della forma scritta, è condivisibile in linea di principio quanto sostenuto dalla ricorrente, ovvero la possibilità che l'accordo risulti da atti separati, purché concordanti, atteso che non opera la preclusione della stipula nella forma dello scambio di proposta ed accettazione tra assenti (contratti a distanza o per corrispondenza), formalismo imposto dalla legge di contabilità dello Stato (artt. 16 e 17 del r.d. n. 2440 del 1923), trattandosi di contratto tra privati, seppure funzionalizzato alla partecipazione ad un procedimento di evidenza pubblica (cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. II, 13 novembre 2024, n. 6211 nello stesso senso di Cons. Stato, sez. V, 21 maggio 2020, n. 3209).

Orbene, la giurisprudenza ha avuto modo di affermare che, laddove a essere carente sia la firma della concorrente, alla produzione del contratto in sede di gara, sottoscritto solo dall'ausiliaria, può essere attribuito valore di sottoscrizione da parte dell'ausiliata (cfr. T.A.R. Campania cit.), per cui si data la firma da parte del secondo contraente al momento del deposito del contratto unitamente all'offerta. Laddove invece l'accordo risulti firmato dalla sola concorrente, diviene centrale la data della sottoscrizione del contratto da parte dell'ausiliaria, in quanto la produzione agli atti della procedura di gara deve avvenire in modalità tale da garantire la certezza della anteriorità della sottoscrizione da parte dell'ausiliaria rispetto alla data ultima di scadenza del termine per la presentazione delle

domande.

Nella fattispecie in esame, mette conto rilevare come , con la prima delle comunicazioni impugnate, l'amministrazione ha escluso la Ristosì s.r.l. per aver depositato il contratto di avalimento firmato soltanto dalla concorrente ausiliata, mentre con la seconda ha confermato l'esclusione sulla base della circostanza che il contratto fosse: "stavolta firmato esclusivamente dall'ausiliaria e che in assenza di una marcatura temporale, non possiede, per legge, la valenza probante in merito al momento della sua formazione".

L'operato dell'amministrazione appare rispettoso del principio della par condicio dei concorrenti e della necessità che il soccorso istruttorio non eluda il rispetto di termini fissati a pena di decadenza per il possesso dei requisiti di partecipazione.

Posto che nella specie indiscutibilmente l'avalimento operava anche come requisito di partecipazione alla gara, è indispensabile che la concorrente –pur in sede di soccorso istruttorio- documentasse la data certa di sottoscrizione dello stesso da parte della ausiliaria, data certa anteriore alla scadenza del termine ultimo di presentazione delle domande di partecipazione.

Infatti, tenuto conto che il combinato disposto della lettera a) del comma 1 dell'art. 101 e del primo comma 104 del nuovo Codice consente di ovviare all'irregolarità del mancato deposito documentale attraverso l'istituto del soccorso istruttorio, non può revocarsi in dubbio la legittimità della richiesta di marcatura temporale della firma apposta al contratto stesso, proprio per raggiungere la certezza della stipula in data anteriore alla scadenza di termini del bando.

In tal modo la stazione appaltante non ha apposto una causa di esclusione non prevista dalla legge, ma ha soltanto richiesto che l'attivazione del soccorso istruttorio non andasse in pregiudizio della par condicio dei concorrenti, mediante la comprova del possesso del requisito di partecipazione in data certa ed anteriore ai termini di scadenza del bando.

Pertanto, la ratio dell'aggiunta di un requisito formale al contratto di avalimento non si presenta un vuoto formalismo, ma è funzionale alla cristallizzazione della data certa di stipula del medesimo, laddove lo stesso non risultava depositato in allegato alla domanda di partecipazione, essendo allegata in tal sede una copia che non comprovava la formazione del consenso contrattuale, in quanto firmata dalla sola concorrente.

In caso di attivazione del soccorso istruttorio, come sopra ribadito, è imprescindibile che i documenti depositati in sanatoria dal concorrente risultino avere data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte, nel caso di specie 20 settembre 2024, pena la violazione del principio della par condicio. D'altronde, nello stesso disciplinare -tipo n.1 del 2023, l'ANAC ha fornito indicazioni in materia di soccorso istruttorio, rilevando che è sì sanabile la mancata produzione del contratto di avalimento, a patto però che lo stesso sia stato stipulato prima del termine di presentazione delle offerte.

Nel caso di specie, a fronte della comunicazione della Stazione Unica Appaltante Napoli 1 del 21 ottobre 2024 per cui: "il contratto di avalimento presentato in formato originale p7m non

risulta sottoscritto dall'impresa ausiliaria e di conseguenza, l'accordo tra le parti non è validamente perfezionato", la Ristosì s.r.l. il 23 ottobre ha trasmesso all'amministrazione istanza di annullamento in autotutela del provvedimento di esclusione, sostenendo che la concorrente avrebbe prodotto soltanto per mero errore il contratto da lei firmato, pur essendo in possesso di un identico esemplare a firma anche dell'ausiliaria, datato antecedentemente alla partecipazione alla gara. In allegato all'istanza, la ricorrente ha quindi prodotto una e-mail del 18 settembre 2024 inviata dall'ausiliaria ("newfoodscs@gmail.com") e ricevuta dalla concorrente ("ristosisrl@gmail.com") avente ad oggetto "avvalimento requisiti" e contenente il contratto di avvalimento operativo a firma della sola ausiliaria.

L'assunto sostenuto dalla ricorrente circa l'idoneità dell'e-mail a comprovare la datazione della sottoscrizione del contratto e della superfluità della marcatura temporale non è meritevole di pregio.

In proposito risultano condivisibili le osservazioni del resistente Comune circa l'inidoneità di una semplice e-mail ad attribuire data certa alla sottoscrizione del contratto.

Invero posto che il requisito della forma scritta, che può essere assolta sia con la tradizionale scrittura privata, sia attraverso l'uso del documento informatico, ammette la non simultaneità della sottoscrizione, va rilevato come : "l'unica forma legale per dotare di data certa un documento informatico sottoscritto digitalmente è quello di apporre una marca temporale, potendo altrimenti la anticipata datazione essere conseguenza della regolazione di data ed ora nel computer" (Cons. Stato, sez. V, 21 maggio 2020, n. 3209). In assenza di marca temporale, risulta dirimente l'uso di uno strumento sostitutivo idoneo, cui la legge attribuisca lo stesso valore .

La firma digitale, secondo il disposto del CAD, ex art. 1 comma 1, lett. s) D.lgs. n. 82/2005 c.d. CAD costituisce un particolare tipo di firma elettronica qualificata basata su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, che ha la specifica funzione di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici. Dunque, l'uso della firma consente di accertare l'autenticità, la paternità e l'integrità del documento, ma non costituisce un sistema certo di datazione.

A tal proposito risulta illuminante il recente parere dell'Autorità Nazionale Anticorruzione che sul tema evidenzia come, per quanto ex art. 20 comma 1-bis d.lgs. n. 82/2005 "il legislatore abbia attribuito al documento firmato digitalmente l'efficacia probatoria della scrittura privata che, ai sensi dell'art. 2702 c.c., fa piena prova, fino a querela di falso della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta (...), la scrittura privata tuttavia non consente di opporre ai terzi la data in essa riportata, ossia di fare valere la collocazione temporale del documento". (ANAC delibera n. 75 del 22 febbraio 2023). Evidenzia l'Autorità che, rispetto alla scrittura privata cartacea, il codice civile ovvia al problema della certezza della data, ovvero dell'opponibilità a terzi della scrittura, mediante l'autenticazione da parte del notaio o altro pubblico ufficiale (art. 2704 c.c.). Diversamente, la data viene considerata certa solo dal giorno in cui si verifica un fatto che stabilisca in modo certo l'anteriorità della formazione del documento.

Volendo trasporre i suddetti principi al documento informatico, il legislatore ha previsto che “La data e l’ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle Linee guida” (art. 20 comma 1-bis d.lgs. n. 82/2005). Le linee guida di riferimento “sono dettate dal DPCM 22 febbraio 2013, tuttora vigente e richiamato dalle Linee Guida sulla formazione, gestione e conservazione dei documenti informatici del 2021 (art. 1.5 Principali riferimenti normativi). L’art. 41, comma 1, del richiamato DPCM prevede che sono opponibili a terzi ai sensi dell’art 20 del CAD i riferimenti temporali realizzati dai certificatori accreditati in conformità con quanto disposto dal successivo titolo IV. L’art. 47 del titolo IV dispone che «Una evidenza informatica è sottoposta a validazione temporale mediante generazione e applicazione di una marcatura temporale alla relativa impronta». La marcatura temporale, la cui disciplina è dettata dagli articoli da 47 a 54 del DPCM, non è altro che un’operazione crittografica, una codificazione dei dati analoga a quella usata per la firma digitale, caratterizzata dall’intervento nel procedimento di un soggetto terzo, il certificatore, che attesta l’associazione di una data e di un’ora all’apposizione di una firma. In alternativa alla marcatura temporale, sono idonei a costituire validazione temporale a) il riferimento temporale contenuto nella segnatura di protocollo di cui all’art. 9 del DPCM, 31 ottobre 2000; b) il riferimento temporale ottenuto attraverso la procedura di conservazione dei documenti in conformità alle norme vigenti, ad opera di un pubblico ufficiale o di una pubblica amministrazione; c) il riferimento temporale ottenuto attraverso l’utilizzo di posta elettronica certificata ai sensi dell’art. 48 CAD; d) il riferimento temporale ottenuto attraverso l’utilizzo della marcatura postale elettronica ai sensi dell’art. 14, comma 1, punto 1.4 della Convenzione postale universale (art. 41, comma 4, DPCM 22 febbraio 2013)”. (ANAC delibera cit.)

Parimenti, recentissima giurisprudenza, che Questo Collegio ritiene di condividere, in riferimento agli artt. 101 e 104 del nuovo Codice Appalti, nell’evidenziare che l’accordo negoziale deve perfezionarsi con la sottoscrizione dell’atto in un momento anteriore al termine di presentazione delle offerte, potendo essere sanata con il rimedio del soccorso istruttorio soltanto l’incompletezza documentale del regolamento pattuito ma non anche la mancanza della sottoscrizione di uno dei contraenti, ha ritenuto che “la firma digitale del documento informatico, in mancanza di marcatura temporale, non è per legge assistita da valenza probante in ordine al tempo della relativa formazione, garantendone soltanto la riconducibilità al suo autore e, dunque, il requisito della forma scritta (art. 20, co. 1-bis, C.A.D.)” e ha considerato inidoneo a datare la sottoscrizione del contratto uno screenshot trasmesso via e-mail “peraltro non certificata” (cfr. T.A.R. Calabria, sez. I, 2 aprile 2024, n. 256).

Nel caso di specie, la ricorrente, in assenza di marcatura temporale, non è ricorsa alla trasmissione del contratto firmato digitalmente mediante la posta elettronica certificata, la cui ricezione di avvenuta consegna prima ancora del CAD viene riconosciuta dall’art. 6 del D.P.R. n. 68/2005 non solo come prova che il messaggio di posta elettronica certificata sia effettivamente pervenuto all’indirizzo elettronico dichiarato dal destinatario, ma certifica soprattutto “il momento della consegna tramite un testo, leggibile dal mittente, contenente i dati di certificazione”.

Ha invece utilizzato il mezzo della semplice posta elettronica, che resta un servizio di rete di messaggistica asincrona ma priva del grado di certezza circa provenienza e datazione, tipica

della posta elettronica certificata, pertanto inidoneo a sostituire la marcatura temporale.

In definitiva, il provvedimento impugnato resiste alle censure proposte, rilevando come manchi la certezza della sottoscrizione del contratto di avvalimento da parte dell'ausiliaria in data anteriore alla scadenza dei termini per la presentazione della domanda di partecipazione; il che, essendo l'avvalimento de quo anche un requisito di partecipazione, comporta inevitabilmente l'esito espulsivo dalla gara.

La centralità del motivo di esclusione de quo consente di assorbire l'esame degli ulteriori motivi di esclusione, in quanto l'atto impugnato si regge su almeno un motivo valido.

Il ricorso va conclusivamente respinto.

Quando al regolamento delle spese, la relativa novità e complessità della questione giuridica trattata consente di disporre la integrale compensazione tra le parti, ad eccezione del contributo unificato, che rimane a carico della parte soccombente.

P.Q.M.

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

Spese compensate, ad eccezione del contributo unificato, che rimane a carico della parte soccombente.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente, Estensore

Maria Barbara Cavallo, Consigliere

Daria Valletta, Consigliere

## **Guida alla lettura**

La sentenza in commento, anzitutto, coglie l'occasione per esaminare il **rapporto tra l'avvalimento c.d. operativo**, utilizzato dal ricorrente al fine soddisfare i requisiti partecipativi, e **l'avvalimento c.d. premiale**, volto ad ottenere un punteggio maggiore nella valutazione dell'offerta tecnica, confermando la **possibilità di ricorrere, nell'ambito della medesima gara, ad entrambi** non essendo gli stessi previsti dal legislatore in alternativa l'uno con l'altro.

Il Tar campano affronta - poi - approfonditamente la questione relativa alla **sottoscrizione del contratto di avalimento**, vagliando sia l'ipotesi in cui manca la firma dell'ausiliata sia quella in cui manca la firma dell'ausiliaria.

In via preliminare si conferma il **necessario requisito della forma scritta *ad substantiam* del contratto di avalimento**, alla luce di quanto già previsto dall'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 che prescriveva l'allegazione del contratto con cui l'impresa ausiliaria si obbligava a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse per la durata dell'appalto, recependo quanto già previsto dall'art. 49 comma 2 lett. F) del d. lgs. n. 163 del 2006.

La previsione di tale requisito, da un lato, offre maggiori garanzie alla stazione appaltante che così ha contezza dei soggetti in qualche modo interessati alla gara, e dall'altra, va a responsabilizzare l'impresa ausiliaria rispetto agli incarichi presi.

Il requisito di forma scritta è soddisfatto **anche mediante la redazione di più atti separati, ancorché collegati**, poichè **non opera quanto previsto dall'art. 16 e 17 del r.d. n. 2440 del 1923** con cui si esclude la possibilità di concludere il contratto con lo scambio di proposta e accettazione tra assenti, e la ragione di tale esclusione sta nel fatto che il contratto di avalimento viene stipulato tra soggetti privati, ancorché si inserisca, poi, nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica.

Tanto premesso, il Collegio si sofferma sulle ipotesi - innanzi già indicate - di **mancata sottoscrizione dell'ausiliata** e dell'ausiliaria, ritenendo di dover trattare e considerare le stesse in maniera difforme.

Rispetto alla prima ipotesi i Giudici campani hanno precisato che la **firma del concorrente viene datata al momento del deposito dell'offerta unitamente al contratto**. Nell'ipotesi di **sottoscrizione dell'ausiliaria**, invece, occorre **assicurare che il contratto di avalimento sia stato comunque stipulato prima della data di scadenza del termine per la presentazione delle domande e l'ausiliata ha l'onere di provare tale profilo**, dando atto della data in cui è stata apposta la firma dall'ausiliaria stessa.

**L'integrazione della documentazione** mediante **soccorso istruttorio** è ammessa nella misura in cui la **documentazione successivamente prodotta abbia data certa anteriore rispetto al termine ultimo per la presentazione dell'offerta**, e ciò deve risultare in modo chiaro.

È, dunque, ben possibile che la sottoscrizione del contratto da parte dell'ausiliaria sia allegata successivamente al deposito dell'offerta e del contratto di avalimento ancorché vi sia comunque certezza rispetto alla data della sottoscrizione stessa al fine di assicurare l'interesse generale alla *par condicio* tra gli operatori economici.

Consentire, infatti, di allegare mediante soccorso istruttorio, l'atto da cui risulta la sottoscrizione dell'ausiliaria senza avere certezza della data in cui la stessa firma sia stata apposta può **pregiudicare la parità dei concorrenti**.

Nell'ipotesi in cui la **firma viene inserita digitalmente**, l'unica modalità per conferire certezza alla data della sottoscrizione è rappresentata dall'**apposizione di una marca temporale**, non potendo assumere alcun rilievo la data della mail con cui l'atto è stato inviato.

I Giudici, nel richiamare la marcatura temporale ne danno una definizione precisando che la stessa, disciplinata dagli artt. 47-54 del DPCM, rappresenta una operazione crittografica, con codificazione dei dati analoga a quella della firma digitale.

Al contempo aderiscono all'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa secondo cui **la firma digitale, in assenza di marcatura temporale, consente di soddisfare il requisito della forma scritta ma non offre alcune indicazioni rispetto all'arco temporale in cui la stessa è stata apposta**. Sicché con il soccorso istruttorio si può integrare il contratto di avvalimento mediante la produzione del documento da cui risulta anche la forma scritta dell'ausiliaria, nell'ottica di veder rispettato il principio della forma scritta *ad substantiam*, ma in mancanza di marcatura temporale non risulta rispettata quell'esigenza di certezza a cui si ricollega la necessità di assicurare la *par condicio creditorum* in quanto ben potrebbe la firma che viene allegata essere stata apposta in una fase successiva.