

Sui requisiti di validità del contratto di avvalimento operativo

di Maddalena De Rosa

Data di pubblicazione: 2-9-2025

Il richiamato art. 104, comma 1, D.Lgs. n. 36/2023 prevede in modo espresso che il contratto di avvalimento contenga a pena di nullità "... indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico". Il riferimento è al c.d. avvalimento operativo, distinto dall'avvalimento c.d. di garanzia, che impone la concreta messa a disposizione da parte dell'ausiliaria di mezzi e risorse specifiche, puntualmente indicate nel contratto, indispensabili per l'esecuzione dell'appalto (ex plurimis, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 8 maggio 2024, n. 3016).

Nel caso in cui il ricorso avverso l'aggiudicazione sia stato formulato in pendenza del giudizio avverso l'atto di esclusione, la reiezione di quest'ultimo determina la perdita ex tunc, in capo al ricorrente, della posizione legittimante il successivo ricorso avverso l'aggiudicazione, quale riflesso necessario ed ineludibile della carenza sostanziale di un interesse legittimo al regolare svolgimento della gara, strutturalmente insuscettibile di cristallizzarsi in capo ad un soggetto che non vi abbia preso parte o ne sia stato escluso con provvedimento legittimo (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 28 dicembre 2022, n. 1144).

Guida alla lettura

La sentenza in commento è interessante perché esamina gli **aspetti più discussi del contratto di avvalimento operativo**, disciplinato dall'art. 104 D.Lgs. n. 36/2023, con particolare riferimento alla **validità del contratto, quando non siano specificamente indicate le risorse oggetto di avvalimento e indispensabili per l'esecuzione dell'appalto**.

La controversia prende le mosse dall'impugnazione del provvedimento di esclusione da parte della ricorrente, disposto a seguito di soccorso istruttorio, dalla procedura negoziata per l'affidamento in concessione di un impianto sportivo, indetta dal Comune di Crotona, motivata sulla base della non conformità della produzione documentale depositata dall'operatore escluso al disposto di cui all'art. 104 D.Lgs. n. 36/2023 e alla lettera di invito.

È opportuno premettere che **l'art. 104 del codice degli appalti disciplina il contratto e l'oggetto dell'avvalimento**, individuando altresì la documentazione necessaria per la partecipazione, le esclusioni e le sostituzioni previste per l'impresa ausiliaria nonché il relativo regime di incompatibilità.

La disciplina codicistica attuale supera quel timore, che, per lungo tempo, ha caratterizzato l'applicazione dell'istituto dell'avvalimento nell'ordinamento nazionale, circa le possibili

derive opportunistiche, connesse agli eventuali abusi dell'istituto in questione.

Il legislatore, nella stessa Relazione Illustrativa del nuovo Codice degli Appalti pubblici, osserva come nella disciplina dell'avvalimento **“si è cercato di procedere ad un vero e proprio cambio di impostazione incentrando la disciplina sul contratto, piuttosto che sul mero sistema del prestito dei requisiti”**.

La disposizione codifica altresì la figura dell'**avvalimento premiale puro**, in cui il **prestito delle risorse è diretto ad ottenere un punteggio più elevato nella valutazione delle offerte**.

Essa, pertanto, si dimostra per certi aspetti innovativa, anche se, in sostanza, è un portato del diritto dell'Unione Europea, e ancor prima di alcune sentenze della giurisprudenza comunitaria, che si espresse, inizialmente, in materia di **avvalimento “infragruppo o interno”** e, successivamente, con la generalizzazione dell'istituto, statui la irrilevanza delle relazioni esistenti tra l'ausiliaria e l'impresa ausiliata, **ammettendo la facoltà delle imprese economiche di ricorrere all'avvalimento, se necessario ad integrare i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara** (Corte di Giustizia CE, Sez. V, 14 aprile 1994, in causa C-389/92).

È pacifico quindi che **l'introduzione dell'avvalimento nell'ordinamento nazionale risponde a puntuali prescrizioni dell'ordinamento UE ed è tesa, secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza comunitaria, al conseguimento della massima apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, facilitando soprattutto l'accesso alle piccole e medie imprese negli appalti pubblici** (in tal senso Corte di Giustizia UE, Sez. V, 10 ottobre 2013 in causa C-94/12).

L'avvalimento è stato per la prima volta introdotto nel nostro ordinamento dagli **artt. 49 e 50 del D.Lgs. n. 163 /2016, in attuazione delle direttive UE 2004/17/CE e 2004/18/CE**, e successivamente dall'**art. 89 del D.Lgs. n. 50/2016, di recepimento delle direttive europee 2014/24-2014/25 e 2014/23**. Invero il legislatore del nuovo codice appalti, anche per l'istituto dell'avvalimento, ha **recepito quelle che erano le interpretazioni ermeneutiche della giurisprudenza maggioritaria**, con particolare attenzione all'**applicazione dei principi sanciti dalle direttive europee**.

Se, tuttavia, nelle precedenti legislazioni, l'istituto, per *voluntas legis*, era caratterizzato da una **serie dicautele, tese ad evitarne un uso strumentale ed a prevenire il rischio della nascita di veri e propri “avvalifici”**, nel **nuovo codice** emerge, come detto, un cambio di impostazione, con la conseguenza che il contratto di avvalimento assume la valenza di **contratto: i) oneroso** (con **l'ammissione comunque della gratuità**, nel caso in cui essa corrisponda comunque ad un vantaggio, anche se non meramente economico, per l'impresa ausiliaria in termini di corrispettività), **ii) che richiede la forma scritta ad substantiam** (secondo quanto già statuito dalla precedente giurisprudenza amministrativa), **iii) rientrante nella categoria dei contratti di prestito**, con il quale un concorrente alla gara può acquisire le risorse e i mezzi necessari per eseguire il contratto forniti da altra impresa.

La sentenza in commento, dando continuità al più accreditato orientamento giurisprudenziale, esamina alcuni aspetti, oggetto di specifiche contestazioni, del contratto di avvalimento, affrontando il tema della **validità del contratto nel caso di mancanza della sottoscrizione e della ammissibilità del soccorso istruttorio** nonché della **necessità della data certa della stipula del contratto e infine della necessaria specificità del suo contenuto**, ai fini della validità del contratto in rapporto a quanto statuito dall'art. 104 del D.Lgs. n. 36/2023.

Il Tribunale Amministrativo della Calabria recepisce, per tali aspetti, un orientamento già consolidato anteriormente alla entrata in vigore del nuovo codice e conferma alcuni precetti fondamentali.

In particolare, sulla contestazione da parte della stazione appaltante della mancanza della data certa del contratto e della assenza della sottoscrizione da parte dell'impresa ausiliata al momento della presentazione della domanda di partecipazione, tenuto conto che, come da giurisprudenza costante, già *ante* D.Lgs. n. 36/2023, la non simultaneità della sottoscrizione, non solo è ammessa, ma è inevitabile nella veste informatica, il Tar Calabria ribadisce che: ***“la giurisprudenza, con riguardo alla certezza della sottoscrizione del contratto di avvalimento, ha chiarito che laddove, come nel caso di specie, ad 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, 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”***.

Sotto il profilo della **necessaria onerosità** del contratto, la sentenza chiarisce che ***“condivisibile giurisprudenza ha statuito come l'indicazione del preciso ammontare del corrispettivo esuli dalle prescrizioni imposte ai fini della validità di tale operazione economica (Consiglio di Stato, Sez. V, 12 luglio 2023, n. 6826)***. Già in passato, infatti, era estata esclusa l'automatica invalidità del contratto di avvalimento privo della espressa indicazione di un corrispettivo in favore della impresa ausiliaria o mancante della indicazione dei criteri di determinazione del corrispettivo, dovendosi piuttosto verificare la sussistenza della causa concreta del contratto di avvalimento al fine di accertare che sussista il necessario rapporto di sinallagmaticità tra le prestazioni previste a carico delle parti.

Venendo, invece, all'aspetto più rilevante trattato dalla sentenza in commento, ovvero quello attinente l'esatta consistenza della ***“indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico” (Art. 104 comma 1 secondo periodo)***, la sentenza opera una importante distinzione tra l'avvalimento cd. operativo, ***“che impone la concreta messa a disposizione da parte dell'ausiliaria di mezzi e risorse specifiche, puntualmente indicate nel contratto, indispensabili per l'esecuzione dell'appalto (ex plurimis, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 8 maggio 2024, n. 3016)***, e avvalimento cd. di garanzia, che ha per oggetto requisiti di economica e finanziaria ed è teso ad assicurare

la solidità e l'affidabilità del concorrente, sia sotto il profilo della capacità di sostenere finanziariamente l'esecuzione della prestazione oggetto del contratto sia la capacità di ristorare la P.A. per eventuali inadempimenti dell'aggiudicatario.

Sul punto, importanti chiarimenti sono giunti dall'**ANAC nel bando tipo n. 1 del 2023**, laddove si è evidenziato come, per la comprova del possesso dei requisiti richiesti, mentre nell'avvalimento di garanzia, occorre guardare al "passato" dell'impresa ausiliaria, indagando sulla pregressa e dimostrata solidità finanziaria della stessa o sulla relativa capacità tecnica o esperienziale, **nell'avvalimento operativo, per la comprova dei requisiti di cui si avvale la concorrente, occorre guardare "al futuro", indagando sulla capacità della concorrente di realizzare il programma negoziale e quindi sul possesso dei requisiti tecnici e di adeguate risorse umane e strumentali disponibili.**

In virtù di tali precisazioni, quindi, come statuito nella sentenza in commento, il contenuto del contratto di avvalimento, **in riferimento alle risorse umane e strumentali, nonché ai requisiti tecnici, "presi in prestito" dall'ausiliaria, deve essere puntuale, con la precisa indicazione delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico, pena la nullità del contratto.**

È interessante anche notare come il TAR Calabria abbia fatto applicazione di un principio processuale, consolidato nella giurisprudenza amministrativa, secondo cui, qualora sia stato proposto ricorso avverso l'atto di esclusione dalla gara, il rigetto dello stesso comporta la perdita di legittimazione del ricorrente nel giudizio di impugnazione del successivo provvedimento di aggiudicazione, riducendosi l'interesse del ricorrente ad un interesse di mero fatto. Come sancito nella sentenza in commento, **"...anche se nelle gare pubbliche di appalto è di regola sufficiente l'interesse strumentale del partecipante ad ottenere la riedizione della gara stessa, un tale interesse non sussiste in capo al soggetto legittimamente escluso dato che, per effetto dell'esclusione, egli rimane privo non soltanto del titolo legittimante a partecipare alla gara ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle scansioni procedurali; di conseguenza il consolidamento della esclusione dalla procedura di gara rende inammissibile per difetto di legittimazione l'impugnativa dell'aggiudicazione e, più in generale, di tutti i successivi atti della procedura"** (Consiglio di Stato, Sez. V, 28 dicembre 2022, n. 11443; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 31 gennaio 2025, n. 856).

Pubblicato il 30/06/2025

N. 01149/2025 REG.PROV.COLL.

N. 01793/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1793 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

A.s.d. Aek Crotone, in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura C.I.G. B42DF26CB2, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonello Talerico, Giuseppina Frangipane, Jole Le Pera, con domicilio digitale come da p.e.c. da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Crotone, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Monica Di Francesco, con domicilio digitale come da p.e.c. da Registri di Giustizia;

nei confronti

A.s.d. Scuola Atletica Krotoniate, non costituita in giudizio;

per l'annullamento,

riguardo al ricorso introduttivo:

- della determinazione dirigenziale n. 3034 del 28.10.2024, con cui è stato disposto “di approvare i verbali n.1 del 29/08/2024 e n. 2 del 10/09/2024 e 24/10/2024 della Commissione di Valutazione relativi alla verifica della documentazione amministrativa prodotta dai due operatori ammessi a partecipare alla procedura negoziata per l'affidamento in concessione dell'impianto sportivo Campo Sportivo di Tufolo...”, nonché “di ammettere alla procedura di gara il seguente operatore economico: - ASD Scuola Atletica Krotoniate” e “di disporre, per le motivazioni riportate in premessa, l'esclusione del concorrente: - Associazione AEK Crotone”;
- della nota del 25.10.2024, con cui veniva anticipato alla ricorrente l'esclusione dalla procedura, del verbale n.1 della commissione giudicatrice relativo alle sedute del 10.09.2024 e del 24.10.2024, del verbale del 29.08.2024 con cui si prendeva atto della partecipazione dei due operatori economici alla procedura di gara;
- della determina dirigenziale n. 2417 del 28.08.2024, nella parte in cui si dava atto della presentazione di due adesioni alla manifestazione di interesse;

- della lettera di invito;

riguardo al primo atto di motivi aggiunti:

- del verbale del 28.06.2024, trasmesso in riscontro all'accesso agli atti;

- della determina dirigenziale n. 3367 del 25.11.2024, con la quale si è proceduto all'affidamento in concessione del servizio di gestione, conduzione ed uso dell'impianto sportivo comunale Campo Sportivo Tufolo in favore della controinteressata;

riguardo al secondo e terzo atto di motivi aggiunti:

- del verbale di consegna del servizio di gestione prot. 109001 del 27.11.2024, dei verbali di gara in seduta riservata ed in seduta pubblica del 31.10.2024;

riguardo al quarto atto di motivi aggiunti:

- della determina dirigenziale n. 3367/2024 per come confermata ed integrata dalla determina dirigenziale n. 484 del 28.02.2025, per illegittimità dell'attestazione rilasciata dall'ufficio tributi con la nota prot. n. 5405 del 18.11.2024, per come risultante dalla ostensione dell'atto ad essa presupposto prot. n.99406 del 29.10.2024.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Crotona;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 giugno 2025 il dott. Arturo Levato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso principale A.s.d. Aek agisce per l'annullamento della determinazione dirigenziale n. 3034 del 28.10.2024, con cui il Comune di Crotona ha disposto l'ammissione del raggruppamento con a capo A.s.d. Scuola Atletica Krotoniate alla procedura negoziata per l'affidamento in concessione per cinque anni dell'impianto "Campo Sportivo di Tufolo", da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, disponendo al contempo l'esclusione dalla stessa procedura della medesima A.s.d. Aek, la quale chiede anche la declaratoria di inefficacia dell'eventuale contratto medio tempore stipulato.

La ricorrente espone che con determinazione dirigenziale n. 1686 del 18.06.2024 il Comune ha indetto l'indicata selezione pubblica, nonché approvato il capitolato speciale d'appalto e lo schema di avviso esplorativo per la manifestazione di interesse, cui hanno aderito la

deducente e la controinteressata. Nella seduta del 29.08.2024 la commissione giudicatrice ha ritenuto regolare la documentazione amministrativa presentata dal raggruppamento A.s.d. Scuola Atletica Krotoniate, con le mandanti Agorà Kroton, S.s.d. Zeus, A.s.d. Achei Crotone e A.s.d. Crescendo, ammettendolo alla fase della valutazione tecnica, mentre ha ravvisato alcune irregolarità nella posizione di A.s.d. Aek, attivando pertanto il soccorso istruttorio.

La commissione, dopo l'esame dell'integrazione documentale trasmessa da A.s.d. Aek, ha rilevato la non conformità della stessa agli artt. 104 D. Lgs n. 36/2023, 13 della lettera-invito e ha pertanto adottato la determinazione dirigenziale n. 3034/2024 di esclusione della deducente dalla selezione.

L'esponente denuncia quindi l'illegittimità del provvedimento avverso per violazione dell'art. 104 D. Lgs. n. 36/2023 e per vizio di eccesso di potere.

2. Con un primo atto di motivi aggiunti la ricorrente ha poi impugnato il provvedimento n. 3367 del 25.11.2024, con il quale la stazione appaltante ha proceduto all'affidamento in concessione del servizio di gestione, conduzione ed uso del "Campo Sportivo di Tufolo" in favore del raggruppamento controinteressato.

2.1. Si è costituito il Comune di Crotone, che ha confutato le avverse deduzioni, concludendo per il rigetto del gravame.

3. Con un secondo atto di motivi aggiunti l'esponente ha poi impugnato il verbale di consegna del servizio di gestione del 27.11.2024, rilevando al contempo come, nonostante la presentazione in pari data di un'istanza di accesso agli atti, la stazione appaltante non avesse disposto l'ostensione dei documenti allegati all'offerta tecnica e a quella economica dell'aggiudicataria, né dell'ulteriore documentazione relativa alla sussistenza dei requisiti di ordine generale e speciale, per come previsto dagli artt. 35 e 36 D. Lgs. n. 36/2023 e dalla L. n. 241/1990.

4. Con un terzo atto di motivi aggiunti la ricorrente ha dedotto ulteriori censure avverso i medesimi atti.

5. Per mezzo di un quarto atto di motivi aggiunti, A.s.d. Aek ha quindi impugnato la determina di aggiudicazione n. 3367/2024 per come confermata ed integrata dal provvedimento n. 484 del 28.02.2025, per mezzo del quale sono stati sanati alcuni vizi dell'indicata determina di aggiudicazione.

6. Il Comune di Crotone ha eccepito l'inammissibilità del ricorso principale avverso il provvedimento di aggiudicazione e dei successivi motivi aggiunti, in conseguenza della carenza di legittimazione dell'esponente derivante dalla legittima esclusione dalla procedura selettiva.

7. All'udienza pubblica del 18 giugno 2025 la causa è stata trattenuta in decisione.

8. Si impone in prima battuta il vaglio della domanda di annullamento del provvedimento di

esclusione della ricorrente dalla procedura selettiva, contenuta nel ricorso principale.

L'estromissione, disposta con provvedimento plurimotivato, è basata sulla mancata sottoscrizione del contratto di avvalimento con data certa, sull'assenza della dichiarazione di impegno delle ausiliarie, nonché sulla violazione delle disposizioni dell'avvalimento di cui all'art. 104 D. Lgs. n. 36/2023, per omessa "specificazione delle risorse da mettere a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria nei confronti del partecipante alla gara".

In particolare quanto al primo profilo, la ricorrente, pur producendo dopo il soccorso istruttorio un contratto di avvalimento firmato digitalmente dalla stessa unitamente alle già presenti sottoscrizioni delle ausiliarie A.s.d. Pallavolo Crotone e S.s.d. Accademia Frosinone, non avrebbe fornito alcuna garanzia di attendibilità sulla data di tale sottoscrizione, poiché 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.

Sostiene quindi la ricorrente, con riguardo alla certezza della data di sottoscrizione del contratto di avvalimento, che troverebbe applicazione, ai fini dell'opponibilità ai terzi dell'atto negoziale, l'art. 2704 c.c., cosicché, in assenza di una specifica previsione nel disciplinare di gara sulle modalità di sottoscrizione con marcatura temporale del contratto di avvalimento, la certezza della stipulazione in data anteriore al termine di scadenza della presentazione delle offerte coinciderebbe con l'allegazione del medesimo contratto di avvalimento alla documentazione della gara.

In ogni caso, il contratto era comunque contenuto in un file denominato "altra documentazione.zip", a sua volta regolarmente sottoscritto digitalmente dalla ausiliata.

Rispetto, poi, alla contestata mancanza delle dichiarazioni di impegno delle imprese ausiliarie, la ricorrente rileva che tale dichiarazione fosse rinvenibile nei contratti di avvalimento, non essendo necessaria a tal fine una distinta dichiarazione.

Sotto diverso profilo, ancora, l'omessa specificazione delle risorse da mettere a disposizione in favore dell'ausiliata non risulterebbe più rilevante alla luce della formulazione dell'art. 104 D. Lgs. n. 36/2023, il quale prescrive la forma scritta ad substantiam del contratto di avvalimento ma non anche il relativo contenuto, fermo restando che il complesso delle risorse a disposizione della ricorrente sarebbe comunque rinvenibile dall'esame dei contratti di avvalimento.

Parimenti, da ultimo, non assumerebbe rilievo la mancata indicazione delle ragioni della gratuità del contratto di avvalimento in luogo dell'onerosità, poiché la relativa formulazione lessicale "normalmente oneroso" impiegata dal legislatore implica che il corrispettivo non costituirebbe un elemento essenziale di tale contratto.

8.1. La domanda è infondata, secondo quanto di seguito chiarito.

Occorre premettere che ai sensi dell'art. 104, comma 1, D. Lgs. n. 36/2023 "L'avvalimento è

il contratto con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto. Il contratto di avvalimento è concluso in forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico”.

In riferimento al soccorso istruttorio, a mente dell'art. 101, comma 1, lett. a) D. Lgs. n. 36/2023 “la mancata presentazione ..., del contratto di avvalimento ... è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte”, previsione presente altresì nell'art. 13 della lettera di invito, secondo cui “è sanabile, mediante soccorso istruttorio, la mancata produzione della dichiarazione di avvalimento o del contratto di avvalimento, a condizione che i citati elementi siano preesistenti e comprovabili con documenti di data certa, anteriore al termine di presentazione dell'offerta”.

La giurisprudenza, con riguardo alla certezza della sottoscrizione del contratto di avvalimento, ha chiarito che laddove, come nel caso di specie, ad 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, 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.

Ne consegue quindi, in riferimento alla prima delle due evenienze sopra indicate, che la produzione “del contratto di avvalimento da parte dell'offerente -soggetto ausiliato, che non ha sottoscritto- in allegato all'offerta vale a farne proprio il contenuto con decorrenza dalla presentazione dell'offerta cui è allegato” (Consiglio di Stato, Sez. V, 21 maggio 2020, n. 3209; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 16 dicembre 2024, n. 7139).

In sostanza, la ratio del requisito formale del contratto di avvalimento è funzionale alla cristallizzazione della data certa di stipula laddove lo stesso sia stato depositato in allegato alla domanda di partecipazione con la firma del solo concorrente e non anche dell'impresa ausiliaria, mentre nella vicenda in esame il contratto -depositato dalla ricorrente in uno alla domanda di partecipazione- risultava sottoscritto dalle imprese ausiliarie.

Sotto tale profilo risulta pertanto fondata la deduzione difensiva della ricorrente.

8.2. Risulta parimenti fondato l'assunto difensivo teso a censurare l'illegittimità del contratto di avvalimento per l'asserita carenza del requisito di onerosità, in quanto condivisibile giurisprudenza ha statuito come l'indicazione del preciso ammontare del corrispettivo esuli dalle prescrizioni imposte ai fini della validità di tale operazione economica (Consiglio di Stato, Sez. V, 12 luglio 2023, n. 6826).

8.3. Vanno di contro disattese le ulteriori doglianze.

Per come sopra precisato, il richiamato art. 104, comma 1, D. Lgs. n. 36/2023 prevede in modo espresso che il contratto di avvalimento contenga a pena di nullità "... indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico".

Il riferimento è al c.d. avvalimento operativo, distinto dall'avvalimento c.d. di garanzia, che impone la concreta messa a disposizione da parte dell'ausiliaria di mezzi e risorse specifiche, puntualmente indicate nel contratto, indispensabili per l'esecuzione dell'appalto (ex plurimis, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 8 maggio 2024, n. 3016).

Nella fattispecie, tuttavia, le ausiliarie A.s.d. Pallavolo Crotone e S.s.d. Accademia Frosinone, per un verso, hanno omesso di allegare le dichiarazioni unilaterali di impegno prescritte dall'art. 13 della lettera di invito, sul punto inoppugnata, e, per altro verso, le medesime ausiliarie nel contratto di avvalimento si sono impegnate genericamente "a mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie di cui è carente il concorrente", senza quindi una specifica individuazione delle medesime risorse, inverando ciò una causa di esclusione dalla procedura selettiva in base allo stesso art. 13 della lettera di invito, secondo cui "non è sanabile, ed è quindi causa di esclusione dalla gara, la mancata indicazione dei requisiti e delle risorse messi a disposizione dall'impresa ausiliaria in quanto causa di nullità del contratto di avvalimento".

9. Va pertanto respinto il ricorso principale inerente alla domanda di annullamento del provvedimento di esclusione della ricorrente.

10. L'accertata legittimità della statuizione espulsiva dell'esponente dalla procedura selettiva incide sulla relativa legittimazione processuale, e non da ultimo sull'interesse a ricorrere, in riferimento all'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione e della successiva conferma della stessa, risultando quindi fondato sul punto il rilievo processuale della difesa comunale.

Invero, secondo un condivisibile principio interpretativo "...anche se nelle gare pubbliche di appalto è di regola sufficiente l'interesse strumentale del partecipante ad ottenere la riedizione della gara stessa, un tale interesse non sussiste in capo al soggetto legittimamente escluso dato che, per effetto dell'esclusione, egli rimane privo non soltanto del titolo legittimante a partecipare alla gara ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle scansioni procedurali; di conseguenza il consolidamento della esclusione dalla procedura di gara rende inammissibile per difetto di legittimazione l'impugnativa dell'aggiudicazione e, più in generale, di tutti i successivi atti della procedura" (Consiglio di Stato, Sez. V, 28 dicembre 2022, n. 11443; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 31 gennaio 2025, n. 856).

In sostanza, "nel caso in cui il ricorso avverso l'aggiudicazione sia stato formulato in pendenza del giudizio avverso l'atto di esclusione, la reiezione di quest'ultimo determina la perdita ex tunc, in capo al ricorrente, della posizione legittimante il successivo ricorso avverso l'aggiudicazione, quale riflesso necessario ed ineludibile della carenza sostanziale di un interesse legittimo al regolare svolgimento della gara, strutturalmente insuscettibile di cristallizzarsi in capo ad un soggetto che non vi abbia preso parte o ne sia stato escluso con provvedimento legittimo" (Consiglio di Stato, Sez. V, 28 dicembre 2022, n. 11443).

L'interesse dell'operatore economico legittimamente estromesso da una procedura selettiva è pertanto qualificabile come interesse di mero fatto, poiché, diversamente opinando, anche un quisque de populo sarebbe legittimato ad impugnare fasi di gara in relazione alle quali sia rimasto estraneo, dovendosi quindi equiparare a tale posizione il concorrente escluso per carenza di offerta ammissibile (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 18 gennaio 2022, n. 535).

11. In applicazione del richiamato orientamento, va pertanto pronunciata la declaratoria di inammissibilità ai sensi dell'art. 35, comma 1, lett. b) c.p.a. dei quattro atti di motivi aggiunti per carenza di legittimazione dell'associazione ricorrente, e conseguente difetto di interesse a ricorrere in capo alla medesima.

12. La peculiarità della vicenda consente di compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe specificato:

- rigetta il ricorso principale;
- dichiara inammissibili i quattro atti di motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 18 giugno 2025 con l'intervento dei magistrati:

Gerardo Mastrandrea, Presidente

Arturo Levato, Primo Referendario, Estensore

Cristiano De Giovanni, Referendario