

TAR Calabria, Sezione Prima, Sentenza n. 1149 del 30 giugno 2025

Appalti pubblici – Contratto di avvalimento – Sottoscrizione senza marca temporale – Legittimità –
Indicazione risorse messe a disposizione – Esclusione dalla gara

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: (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura C.I.G. (...), rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da p.e.c. da Registri di Giustizia;

contro

Comune di (...), in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da p.e.c. da Registri di Giustizia;

nei confronti

(...), 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: - (...)” e “di disporre, per le motivazioni riportate in premessa, l'esclusione del concorrente: - (...)”;

- 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 (...);

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 (...) agisce per l'annullamento della determinazione dirigenziale n. 3034 del 28.10.2024, con cui il Comune di (...) ha disposto l'ammissione del raggruppamento con a capo (...) 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 (...), 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 (...), con le mandanti (...), (...), (...) e (...), ammettendolo alla fase della valutazione tecnica, mentre ha ravvisato alcune irregolarità nella posizione di (...), attivando pertanto il soccorso istruttorio. La commissione, dopo l'esame dell'integrazione documentale trasmessa da (...), 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 avversato 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 (...), 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, (...) 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 (...) 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 “*specifica 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 (...) e (...), 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 (...) e (...), 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

L'ESTENSORE

Arturo Levato

IL PRESIDENTE

Gerardo Mastrandrea

IL SEGRETARIO