

Consiglio di Stato, Sezione Terza, Sentenza n. 3154 dell'11 aprile 2025

Appalti di servizi – Avvalimento – Data certa anteriore al termine di presentazione offerte – Prova –
Scambio di e-mail – Legittimità

Publicato il 11/04/2025

N. 03154/2025REG.PROV.COLL.

N. 00248/2025 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 248 del 2025, proposto dalla (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Ministero (...), in persona del Ministro rappresentante *pro tempore*, il (...) – Stazione Unica Appaltante, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, l'Ufficio Territoriale del Governo (...), in persona del Prefetto *pro tempore*, rappresentati e difesi *ex lege* dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio in Roma, Via dei Portoghesi, n. 12 e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

il Comune di (...), in persona del in persona del Commissario Prefettizio *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da

PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

della (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore* non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza *ex* articolo 60 c.p.a. del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania-Napoli, Sezione II, 16 dicembre 2024, n. 7139, resa tra le parti, non notificata ed avente ad oggetto l'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 (...);

Visto il ricorso in appello e relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione del Ministero (...), del (...) – Stazione Unica Appaltante, e del Comune di (...);

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 aprile 2025 il consigliere Luca Di Raimondo e viste le conclusioni delle parti come in atti; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Oggetto del presente giudizio è la verifica della legittimità dell'esclusione da una procedura di evidenza pubblica di un operatore economico che ha dichiarato di volersi avvalere dei requisiti di partecipazione e premiali di altra impresa e che ha prodotto tramite mail ordinaria copia del contratto di avvalimento sottoscritto con firma digitale dalla società ausiliaria.

2. Nel giudizio di primo grado definito con la sentenza oggetto del presente appello, la (...) S.r.l., (di seguito anche “(...)”), ha chiesto l'annullamento, previa sospensione, del provvedimento, confermato con il successivo rigetto dell'istanza in autotutela, con cui è stata disposta la sua esclusione dalla a gara indetta dal (...),

in qualità di Stazione Unica Appaltante nell'interesse del Comune di (...), 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 (...) - 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”* per il biennio 2024-2026. Il provvedimento impugnato in prime cure ha rilevato, innanzitutto, che *“l'allegazione del contratto in entrambe le sezioni amministrativa e tecnica potrebbe generare un'inammissibile commistione tra elementi dell'offerta, circostanza non verificabile in concreto, poiché non si procederà all'apertura dell'offerta tecnica per i motivi di seguito indicati”*, motivando l'esclusione in base al duplice rilievo secondo cui il *“Seggio di gara ha rilevato dall'esame degli atti che il contratto di avvalimento presentato in formato originale p7m non risulta sottoscritto dall'impresa ausiliaria e di conseguenza, l'accordo tra le parti non è validamente perfezionato”* e secondo cui, nel caso di specie, la società aveva chiesto di avvalersi della (...) sia per ottenere i requisiti di partecipazione sia per conseguire il punteggio premiale, laddove la normativa in materia pone *“un limite all'avvalimento premiale, attivabile unicamente quando il concorrente possiede già le risorse necessarie per l'esecuzione della commessa e ricorre all'ausilio al fine di conseguire un punteggio incrementale.”*

3. Con appello notificato e depositato il 13 gennaio 2025, la (...) ha chiesto la riforma, previa istanza cautelare, della sentenza impugnata, che ha rigettato il suo ricorso, considerando l'atto oggetto di gravame plurimotivato, ritenendo che l'operatore economico non avesse dimostrato che la sottoscrizione del contratto di avvalimento era stata eseguita secondo le forme previste dalla Legge con la marcatura temporale apposta anteriormente alla presentazione delle offerte, e dichiarando assorbito l'esame dell'altro profilo dell'esclusione, basato sulla richiesta di utilizzare l'apporto della società ausiliaria sia per il cosiddetto avvalimento operativo, sia per quello premiale.

In particolare, l'appellante, riproponendo anche in chiave critica della decisione del

Tar le doglianze dedotte in primo grado contro la sua esclusione, affida il gravame a tre motivi di impugnazione, con i quali lamenta:

“ERROR IN IUDICANDO ET IN PROCEDENDO DEI PRIMI GIUDICI, PER AVER RITENUTO CHE L’UNICO MODO PER PROVARE LA DATA CERTA DELLA SOTTOSCRIZIONE DEL CONTRATTO DI AVVALIMENTO, DA PARTE DELLA AUSILIARIA, FOSSE LA MARCATURA TEMPORALE.”: secondo la (...), il primo giudice avrebbe erroneamente ritenuto non dimostrata, all’esito del soccorso istruttorio esperito dalla stazione appaltante, la sottoscrizione nelle forme previste del contratto di avvalimento da parte della società ausiliaria, ed ha considerato infondato *“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”*, attesa *“l’inidoneità di una semplice e-mail ad attribuire data certa alla sottoscrizione”* dell’accordo negoziale tra la ricorrente e l’ausiliaria, in applicazione delle norme di cui agli articoli 101 e 104 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 ;

“RIPROPOSIZIONE, EX ART. 101 C.P.A., DEI MOTIVI NON ESAMINATI DAL TAR”: l’appellante impugna la sentenza del Tar anche nella parte in cui i primi giudici hanno ritenuto che l’esclusione sarebbe fondatamente basata anche sulla rilevata commistione tra gli elementi dell’offerta, nella misura in cui l’allegazione del contratto di avvalimento sarebbe presente in entrambe le sezioni amministrativa e tecnica, mentre il provvedimento impugnato si esprime sull’argomento in termini dubitativi; da un ulteriore e concorrente angolo prospettico, l’appellante sostiene che sarebbe erroneo escludere la possibilità di ricorso all’avvalimento se richiesto contestualmente sia fini partecipativi che premiali;

“RIPROPOSIZIONE DELL’IMPUGNAZIONE INCIDENTALI”: il mezzo è teso a riproporre anche in questa sede la censura contro la *lex specialis*, laddove fosse intesa 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.

4. Si sono costituiti in giudizio con atto depositato il 20 gennaio 2025 il Ministero (...), il (...) – Stazione Unica Appaltante e l'Ufficio Territoriale del Governo di (...) e il Comune di (...) si è costituito con memoria depositata il 21 gennaio 2025, con la quale ha in primo luogo eccepito l'improcedibilità *in parte qua* dell'appello per carenza di interesse e ne ha chiesto il rigetto per infondatezza.

5. Con ordinanza cautelare 24 gennaio 2025, n. 319 la Sezione ha accolto la domanda di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata, fissando per la discussione del merito l'udienza del giorno 13 marzo 2025, successivamente rinviata all'udienza del 10 aprile 2025 con decreto presidenziale 1° febbraio 2025, n. 80.

6. Il 7 marzo 2025 e il 25 marzo 2025, hanno depositato memoria *ex* articolo 73 c.p.a. il Ministero (...), il (...) – Stazione Unica Appaltante e l'Ufficio Territoriale del Governo di (...), il Comune di (...) e l'appellante, che hanno prodotto memoria di replica rispettivamente il 29 e il 31 marzo 2025; all'udienza del 10 aprile 2025 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. Deve prioritariamente essere esaminata l'eccezione preliminare sollevata in prime cure e riproposta in questa sede da parte del Comune di (...), che sostiene, peraltro con argomentazioni non agevolmente intellegibili, che il gravame sarebbe improcedibile per carenza di interesse.

L'eccezione è infondata, atteso che appello è teso all'annullamento del provvedimento di esclusione, che incide direttamente su una posizione giuridica differenziata, disposto per la asserita mancanza di data certa del contratto di avvalimento e per l'illegittimo ricorso all'istituto in esame, atteso che sarebbe da ritenersi inammissibile l'offerta di un'impresa che intenda giovare dei requisiti dell'ausiliaria sia per partecipare alla gara che per ottenere eventualmente un punteggio premiale.

Allo stesso modo infondata è l'ulteriore eccezione sollevata dal Comune con memoria depositata il 25 marzo 2025, con cui l'Amministrazione sostiene che l'appellante non avrebbe interesse alla decisione, atteso che la stazione appaltante ha proceduto, in esecuzione dell'ordinanza della Sezione, a riammettere la (...) alla gara, aggiudicandola alla (...) S.r.l.

A ben vedere, permane l'interesse alla decisione, anche in considerazione del fatto che la (...) ha provato di aver impugnato con due ricorsi sia il diniego all'accesso all'offerta della controinteressata che l'aggiudicazione in suo favore. Ne deriva che, semmai, la sussistenza dell'interesse ai due ricorsi è subordinata all'accoglimento del presente appello.

8. Passando all'esame del merito, il gravame è fondato e va accolto.

Osserva preliminarmente il Collegio che la possibilità per un operatore economico di utilizzare i requisiti di altro soggetto non partecipante alla procedura di evidenza pubblica è subordinata alla dimostrazione che il contratto di avvalimento con l'ausiliario abbia data certa a quella di presentazione dell'offerta.

Nel caso in esame, come risulta dal documento 5 di produzione della (...), il contratto è stato sottoscritto digitalmente dall'ausiliaria (...) il 18 settembre 2024 e trasmesso in pari data via mail all'appellante, che ha provveduto a sottoscriverlo a sua volta il 19 settembre 2024, caricando sulla piattaforma, tuttavia, solo l'originale sottoscritto dall'ausiliata e procedendo correttamente a trasmettere anche l'originale sottoscritto dall'ausiliaria all'esito della comunicazione dell'esclusione.

Da questo punto di vista, se l'obiettivo, nel caso di soccorso istruttorio avente ad oggetto il contratto di avvalimento, è quello di dimostrare che il contratto sia stato, in realtà, stipulato prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, nella fattispecie si deve ritenere che la società interessata abbia assolto al relativo onere.

La (...) ha, infatti, dimostrato che l'ausiliaria ha sottoscritto digitalmente il contratto di avvalimento entro il termine stabilito dalla legge di gara (20 settembre

2024), come risulta dal relativo *report* di firma (doc. 8 di parte appellante) e dalla relativa ricevuta eml in data 18 settembre 2024 (doc. 6), ovvero antecedentemente al caricamento in piattaforma del contratto sottoscritto dalla ricorrente e, dunque, prima della scadenza del termine per presentare offerta.

In questa stessa direzione milita proprio il precedente che il primo giudice cita, tuttavia, in una prospettiva che si rivela errata.

Con sentenza 21 maggio 2020, n. 3209, le cui argomentazioni sono condivise dal Collegio, che non vede ragioni per opinare diversamente ancorché si trattasse di una vicenda ricadente nell'ambito di applicazione del precedente Codice dei **contratti pubblici**, il Consiglio di Stato, Sezione V ha stabilito che fosse idonea e sufficiente una e-mail ai sensi dell'articolo 2704 c.c. a costituire prova della data certa, in applicazione del principio del *favor participationis*, e che non fossero necessarie né una PEC né comunque una marcatura temporale, peraltro neanche espressamente richiesta dalla *lex specialis* nel caso per cui è causa.

Dovendosi appurare che il contratto, obbligatoriamente da concludere in forma scritta, si sia perfezionato prima della scadenza dei termini di partecipazione alla gara, la decisione citata ha rilevato in primo luogo 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, che anzi è inevitabile nella veste informatica”* e che non si pone neppure *“il problema della ammissibilità, nei contratti pubblici, della stipula nella forma dello scambio di proposta ed accettazione tra assenti (contratti a distanza o per corrispondenza), preclusa di regola dalla legge di contabilità dello Stato (artt. 16 e 17 del r.d. n. 2440 del 1923), in quanto l'avvalimento è un contratto tra privati, seppure funzionalizzato alla partecipazione ad un procedimento di evidenza pubblica.”*

La stessa sentenza del Consiglio di Stato ha stabilito che *“in tema di contratti per i quali la legge richiede la forma scritta ad substantiam, la produzione in giudizio della scrittura da parte del contraente che non l'ha sottoscritta realizza un equivalente della sottoscrizione, a condizione che l'atto sia prodotto per invocare l'adempimento delle obbligazioni da esso scaturenti*

(in termini Cass., I, 24 marzo 2016, n. 5919; VI, 5 giugno 2014, n. 12711)”, così che “per tale via si attribuisce valore, alla stregua di comportamento univoco e concludente, alla produzione in giudizio della scrittura privata, con valore di appropriazione degli effetti del contratto dalla parte che non l’ha sottoscritta”, con la conseguenza che in quella fattispecie, sovrapponibile alla presente, il certificato della firma apposta telematicamente dall’impresa ausiliata “rilevi, ai sensi dell’art. 2704 Cod. civ., come fatto idoneo a dimostrare l’anteriorità del documento rispetto al termine di scadenza per la proposizione dell’offerta”.

Ciò premesso, e tenuto conto anche della giurisprudenza della Corte di Cassazione richiamata dall’appellante (laddove, con *revirement* rispetto a precedente opposto indirizzo, si è assunta l’idoneità della e-mail a costituire piena prova di tutto quanto da essa evincibile in assenza di espresso riconoscimento della parte a cui è opposta), nella specie deve ritenersi che l’appellante abbia provato in sede di soccorso istruttorio la sottoscrizione digitale del contratto di avvalimento da parte sia dell’ausiliata che dell’ausiliaria in data anteriore alla scadenza del termine di presentazione delle offerte.

9. Né a conclusioni diverse potrebbe pervenirsi anche tenendo conto delle disposizioni contenute nel Codice dell’Amministrazione Digitale, come sostiene il Comune di (...), poiché anche in questa sede si deve applicare il principio stabilito dalla stessa sentenza n. 3209/2020, con la quale il giudice di appello ha precisato che, *“anche ad ammettere che, ai sensi dell’art. 20 del C.A.D. (di cui al d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82), l’unica prova della data certa sia la c.d. marcatura temporale (processo con cui un certificatore accreditato crea ed appone su di un documento informatico, digitale od elettronico, una “firma digitale del documento” alla quale sono associate le informazioni relative alla data ed all’ora di creazione, opponibili a terzi allorché siano state seguite le regole tecniche sulla validazione temporale), formalità peraltro non richiesta dalla lex specialis, nella fattispecie controversa, come si è già precedentemente osservato, il problema può ritenersi superato dal “recepimento”, da parte dell’impresa ausiliata, degli effetti del contratto sottoscritto unilateralmente (e cioè dalla sola ausiliaria), con conseguente perfezionamento del contratto dal momento della*

produzione dello stesso agli atti del procedimento unitamente alla offerta.”

Con riguardo all'aspetto dell'antiorità della sottoscrizione del contratto di avvalimento rispetto al termine di presentazione delle offerte, deve ritenersi intangibile, in assenza di impugnazione dell'Amministrazione sul punto, il rilievo del primo giudice che, premesso che non fosse necessaria la contestualità delle sottoscrizioni a soddisfare il requisito della forma scritta *ad substantiam* (in piena applicazione delle regole stabilite dal diritto civile per le scritture private), ha preso atto che era il medesimo il documento su cui le sottoscrizioni digitali di ausiliaria e ausiliata erano state apposte separatamente (con ciò intendendosi su copie, *rectius* originali, separati del medesimo documento).

Il primo motivo di appello risulta, dunque, fondato.

10. Passando all'esame delle altre doglianze, osserva il Collegio che l'esclusione della (...) non è stata disposta anche per una presunta inammissibilità dell'offerta per l'indebito inserimento del contratto di avvalimento sia nella sezione amministrativa che in quella tecnica, atteso che sul punto il provvedimento impugnato rileva che *“l'allegazione del contratto in entrambe le sezioni amministrativa e tecnica potrebbe generare un'inammissibile commistione tra elementi dell'offerta, circostanza non verificabile in concreto”*.

Osserva incidentalmente la Sezione che le esigenze di segretezza dell'offerta tecnica, richiamate dall'Amministrazione in quanto potenzialmente a rischio per effetto della necessità di inserire il contratto di avvalimento sia nella busta della documentazione amministrativa sia in quella dell'offerta tecnica, appaiono recessive rispetto al principio del *favor participationis* e ben possono essere soddisfatte prevedendo ad esempio un parziale oscuramento del contratto nella copia inserita nella prima busta, pur essendo la questione irrilevante nel caso di specie non essendo stato contestato all'odierna appellante di avere in concreto violato il principio di segretezza in questione.

11. Deve essere accolto anche il secondo mezzo di gravame, con il quale

l'appellante ripropone ai sensi dell'articolo 101, comma 2, c.p.a. la censura assorbita dal Tar.

Può al riguardo certamente affermarsi – come evincibile dalla Relazione illustrativa del nuovo Codice e anche dall'applicazione dell'istituto data dall'ANAC nel bando-tipo richiamato nell'appello – che l'articolo 104 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, abbia inteso ampliare e generalizzare, e non certo a restringere, gli spazi di ammissibilità del cosiddetto avvalimento premiale rispetto a quelli che, nel silenzio del Codice previgente, erano stati riconosciuti dalla giurisprudenza.

In particolare, come emerge dalle prime pronunce emesse nel vigore della nuova disciplina (cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, 28 maggio 2024, n. 4732), mentre sotto il vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, la giurisprudenza ammetteva la possibilità di avvalimento premiale (ossia finalizzato a migliorare l'offerta tecnica) solo qualora l'avvalimento al tempo stesso servisse anche a colmare una lacuna nei requisiti di partecipazione del concorrente, e non anche l'avvalimento premiale “puro”, ora anche quest'ultimo è ammesso: ne consegue che sarebbe logicamente fuori sistema e contrario alla *ratio legis* ritenere, contrariamente al passato, che oggi l'avvalimento premiale debba essere sempre e solo “puro” e debba invece escludersi l'avvalimento “misto”, già in precedenza pacificamente ammesso.

11. In base a tutte le considerazioni che precedono, in conclusione, l'appello va accolto e, in riforma della sentenza impugnata va accolto il ricorso di primo grado, fatti salvi gli ulteriori atti.

12. Sussistono, tuttavia, sufficienti motivi per compensare le spese del doppio grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso (n.r.g. 248/2025), come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, accoglie il ricorso di primo grado ed annulla i provvedimenti con

esso impugnati, con salvezza degli ulteriori atti. Spese del doppio grado compensate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 aprile 2025 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Nicola D'Angelo, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

Luca Di Raimondo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Luca Di Raimondo

IL PRESIDENTE

Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO