



DELIBERA N. 128

2 aprile 2025

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 220, comma 1 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 presentata dalla società DR Costruzioni Srl – Lavori di manutenzione straordinaria per la riqualificazione e la realizzazione delle aree ludiche e playground nelle aree verdi di competenza del Municipio VI delle Torri, opere: pt20240874; pt20240878; pt20240882; pt20240889; pt20240894; pt20240895; pt20240980; pt20240989; pt20241070 – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: euro 522.684,17 – CIG: B4ED72D0A4 – S.A.: Roma Capitale-Municipio VI.

UPREC-PRE-0071-2025-L-PREC

Riferimenti normativi

Artt. 101 e 104 del d.lgs. n. 36/2023

Parole chiave

Contratto di avvalimento – Firma digitale – Marcatura temporale – Soccorso istruttorio.



Massima

Appalto pubblico – Lavori – Requisiti di partecipazione – Avalimento – Modalità di sottoscrizione del contratto – Firma digitale e marcatura temporale – Verifica sottoscrizione prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte – Soccorso istruttorio – Esclusione – Illegittimità.

L'avvalimento, seppure funzionalizzato alla partecipazione ad un procedimento di evidenza pubblica, è un contratto tra privati e pertanto il problema della dimostrazione della sua sottoscrizione con data certa antecedente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte 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 valore di appropriazione degli effetti del contratto dalla parte che non l'ha sottoscritta.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 2 aprile 2025

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 0032005 del 28.2.2025, con la quale la società DR Costruzioni Srl, la cui offerta economica, al termine delle operazioni di gara, è risultata essere prima non anomala in graduatoria, contesta la legittimità dell'esclusione dalla gara *de qua* disposta dalla Stazione appaltante «*in quanto il contratto di avvalimento prodotto a seguito del soccorso istruttorio, non risulta avere data certa (marcatura temporale) antecedente al termine di presentazione delle offerte, così come previsto dall'articolo 7 del Disciplinare di gara*»;

CONSIDERATO, più specificamente, che la società istante sostiene che:



- in fase di gara era stato inviato, assieme alla documentazione amministrativa, il contratto di avalimento, tra l'impresa istante e l'ausiliario Consorzio Da Vinci, firmato solo da quest'ultimo;
- che in fase di soccorso istruttorio la Stazione appaltante ha richiesto la produzione del contratto di avalimento con entrambe le firme avente data certa, dotata di marca temporale antecedente alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta;
- che secondo il disciplinare di gara detto contratto di avalimento non doveva essere prodotto con marcatura temporale;
- che secondo il disciplinare di gara la mancata produzione del contratto di avalimento è sanabile mediante il soccorso istruttorio a condizione che il contratto sia stato stipulato prima del termine di presentazione dell'offerta e che tale circostanza sia comprovabile con data certa;
- è impossibile produrre in fase di soccorso istruttorio un documento riportante una marcatura temporale con data antecedente il termine di presentazione dell'offerta se l'apposizione della marcatura non era richiesta in fase di gara;
- il contratto di avalimento prodotto in fase di soccorso istruttorio presenta la data certa del 27/01/2025 visibile tramite la verifica della firma apposta dall'ausiliaria e che coincide con quello prodotto in fase di gara;

CONSIDERATO che la Stazione appaltante respinge la contestazione, confermando quanto deciso in seno al Seggio di gara, ovvero che *«il contratto di avalimento prodotto a seguito di soccorso istruttorio, non risulta avere data certa (firma digitale con marcatura temporale) antecedente al termine di presentazione delle offerte, così come previsto dall'articolo 7 del Disciplinare di gara non rilevando le singole sottoscrizioni digitali apposte dall'ausiliata in assenza della marcatura temporale. Nello specifico l'operatore produce un contratto di avalimento sottoscritto con la sola firma digitale da parte dell'ausiliaria in data 27/01/2025; un contratto di avalimento sottoscritto da parte dell'ausiliata in data 27/01/2025; un contratto di avalimento sottoscritto con la sola firma digitale da entrambe le parti in data 30/01/2025. Il seggio, considerato che il combinato disposto dell'art. 104 co. 1, 101 co. 1 lett. a) D.Lgs 36/2023 e art. 7 del Disciplinare di gara prescrive la forma scritta a pena di nullità del contratto di avalimento e che in assenza di valido*



*perfezionamento lo stesso deve essere provato con documenti aventi data certa anteriore al termine di presentazione delle offerte; che la sola apposizione della firma digitale in assenza di marcatura temporale non è per legge assistita da valenza probante in ordine al tempo della formazione (TAR Reggio Calabria n.256/2024, TAR Veneto n. 1541/2023), propone l'esclusione dell'operatore dalla procedura di gara. Il R.U.P. dispone, con l'apposizione della firma in calce al presente verbale, l'**ESCLUSIONE** del concorrente per i motivi indicati dal seggio»;*

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 10.03.2025;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

CONSIDERATO che l'art. 7 del Disciplinare di gara prevedeva che *«// concorrente allega alla domanda di partecipazione il contratto di avvalimento, che deve essere nativo digitale e firmato digitalmente dalle parti, nonché le dichiarazioni dell'ausiliario. [...] È sanabile, mediante soccorso istruttorio, la mancata produzione del contratto di avvalimento a condizione che il contratto sia stato stipulato prima del termine di presentazione dell'offerta e che tale circostanza sia comprovabile con data certa»* e che a mente dell'art. 104, rispettivamente, commi 1 e 4 del Codice *«Il contratto di avvalimento è concluso in forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico. Il contratto di avvalimento è normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria, e può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti. [...] L'operatore economico allega alla domanda di partecipazione il contratto di avvalimento in originale o copia autentica»;*

RILEVATO che il termine di scadenza per la presentazione delle offerte era fissato alla data del 28/01/2025 e che entro tale termine (e, più esattamente, in data 27/01/2025) l'impresa istante ha prodotto un contratto di avvalimento sottoscritto con la sola firma digitale da parte dell'ausiliaria, mentre, a seguito di soccorso istruttorio, ha prodotto un contratto di avvalimento sottoscritto con firma digitale della sola ausiliata sempre risalente alla data del 27/01/2025 e il medesimo contratto di avvalimento questa volta sottoscritto con la firma digitale di entrambe le parti in data 30/01/2025 e ovviamente privo della c.d. "marcatura temporale";



RILEVATO, altresì, che l'assenza di tale marcatura temporale ha indotto la Stazione appaltante ad escludere la società istante in quanto, a giudizio dell'Amministrazione stessa, solo lo strumento della marcatura temporale avrebbe assicurato la sottoscrizione del contratto di avvalimento in discussione con data certa anteriore al termine di scadenza delle offerte;

CONSIDERATO opportuno precisare che, da un punto di vista meramente tecnico, la c.d. "marca temporale" ha la funzione di "cristallizzare" una firma digitale apposta su un documento informatico, così da permettere l'attestazione di una data certa anteriore, ad esempio, al momento in cui il certificato di una firma digitale dovesse scadere o venire revocato, garantendone, quindi, il valore probatorio (opponibile anche a terzi);

RITENUTO che per valutare la legittimità o meno dell'esclusione della società istante dalla gara oggetto di contestazione occorre calare le disposizioni codicistiche e di *lex specialis*, nonché gli indirizzi giurisprudenziali relativi al contratto di avvalimento e alle modalità probatorie dello stesso nel contesto della peculiare vicenda occorsa e tenendo presente la natura privatistica del contratto in parola;

RITENUTO, in quest'ottica, che il requisito della forma scritta, che può essere assolta sia con la tradizionale scrittura privata, sia attraverso l'uso del documento informatico (come richiesto dal Disciplinare di gara), ammette la non simultaneità della sottoscrizione, che anzi è inevitabile nella veste informatica. Nei contratti pubblici, infatti, non si pone il problema della ammissibilità 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, senza per questo avere efficacia *ultra partes*, e cioè anche nei confronti della stazione appaltante. Deve escludersi la nullità del contratto di avvalimento trasmesso telematicamente, come confermato dalla circostanza che è stato comunque versato agli atti del procedimento di gara il contratto digitalmente sottoscritto da entrambe le parti, rimanendo aperto il problema della data della seconda sottoscrizione, da parte dell'impresa ausiliata e concorrente nella



gara, al fine di verificarne la tempestività (e dunque regolarità) rispetto al termine di scadenza per la presentazione delle domande di partecipazione. Pur ammettendo 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 e 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, 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 valore di appropriazione degli effetti del contratto dalla parte che non l'ha sottoscritta (in tal senso v. Consiglio di Stato, sez. V, 21 maggio 2020, n. 3209 e a conferma che anche la giurisprudenza successiva si è attestata sul medesimo approdo interpretativo cfr. TAR Campania-Napoli, sez. II, 13 novembre 2024, n. 6211);

RITENUTO che anche l'argomentazione con cui la Stazione appaltante sostiene la bontà delle proprie ragioni, che fa capo a quanto previsto nel sopra menzionato art. 7 del Disciplinare di gara nella parte in cui prevedeva che il contratto di avalimento dovesse essere "nativo digitale e firmato digitalmente dalle parti", non risulta dirimente e a sancirne l'inconferenza basti riportare quanto stabilito dal già menzionato TAR Campania in una controversia del tutto analoga a quella in esame, secondo cui *«È noto che la forma scritta ad substantiam per il contratto di avalimento è stata prevista per la prima volta nel Codice del 2023, confermando le posizioni della giurisprudenza che, nel silenzio del Codice previgente, ne avevano affermato l'obbligo in ragione della necessità di produrre il contratto di avalimento in sede di gara. Tuttavia, il Codice non prevede alcun onere aggiuntivo in ordine alla forma scritta del contratto e non prevede l'esclusione della concorrente neppure in caso di mancata produzione contestuale, come può dedursi dalla lettera del comma 1 lett. a) dell'art. 101 del Codice che stabilisce l'obbligo di soccorso istruttorio (" [...] la stazione appaltante assegna un termine non*



inferiore a cinque giorni e non superiore a dieci giorni”) per “integrare di ogni elemento mancante la documentazione trasmessa alla stazione appaltante nel termine per la presentazione delle offerte con la domanda di partecipazione alla procedura di gara o con il documento di gara unico europeo, con esclusione della documentazione che compone l’offerta tecnica e l’offerta economica; la mancata presentazione [...] del contratto di avvalimento [...] è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte”. La previsione è coerente con quanto riportato nella Relazione al Codice dei Contratti (datata 7 dicembre 2022), che con riguardo all’art. 101 ha affermato che “la disposizione tende ad evitare nei limiti del possibile, e nel rispetto del principio della par condicio, che lo svolgimento della procedura di gara sia condizionato da eccessivo formalismo, che può pregiudicare la qualità dell’offerta e il pieno raggiungimento dell’obiettivo perseguito dalla stazione appaltante con la procedura di gara. [...]. Deve pertanto ritenersi che l’aggiunta di un requisito formale al contratto di avvalimento non possa che essere funzionale alla cristallizzazione della data certa di stipula del medesimo, per avere la certezza che sia anteriore al termine di presentazione dell’offerta, ma in nessun modo possa costituire, di per sé solo, un requisito previsto a pena di esclusione della gara. [...] Ne discende che la natura nativa digitale non può essere una esclusiva del solo formato PDF, e che l’immodificabilità del contenuto può essere garantita anche per i formati Word, utilizzando la firma digitale o dimostrando la data dell’invio mediante posta elettronica certificata» (così TAR Campania-Napoli cit.);

RITENUTO, dunque, sulla base di tutte le considerazioni che precedono e dei menzionati orientamenti giurisprudenziali in argomento, che l’invio formale (mediante la piattaforma telematica di gestione della gara) da parte della società istante, entro il termine di scadenza del bando, di una copia originale del contratto di avvalimento, sottoscritta con la sola firma digitale dell’ausiliaria, priva di marcatura temporale (peraltro non prevista) e la successiva dimostrazione, mediante soccorso istruttorio, dell’esistenza e sottoscrizione, sempre entro il termine fissato per la presentazione della domanda di partecipazione, di altra copia del contratto con firma digitale dell’ausiliata, può considerarsi sufficiente a integrare la condizione di validità, efficacia e, quindi, opponibilità a terzi dello stesso richiesta dalla *lex specialis*,



ovvero quella della sua stipula antecedente al termine di presentazione dell'offerta e che nel caso di specie l'attivazione del soccorso istruttorio non poteva essere finalizzata ad ottenere la produzione da parte della società istante un contratto "nativo digitale" (richiesta illegittima in base alle norme civilistiche) con apposizione di "marcatura temporale" (non originariamente prevista dalla legge di gara), bensì solo ad ottenere la conferma, per la verità non necessaria, che il contratto di avalimento fosse stato effettivamente proposto e accettato dalle rispettive parti negoziali entro la data del 27/01/2025; ciò che è stato ulteriormente dimostrato dalla DR Costruzioni con il deposito della copia del contratto dalla stessa digitalmente firmato nella medesima data del 27/01/2025, indipendentemente dal deposito di altra copia del contratto firmata digitalmente da entrambe le parti, che, siccome risalente alla data 30/01/2025, ancorché utile a dimostrare la loro reale volontà negoziale, non risulta validamente opponibile alla Stazione appaltante;

RITENUTO, infine, che le due pronunce giurisdizionali addotte dalla Stazione appaltante a suffragio della tesi sostenuta non provano nulla poiché sia la sentenza del TAR Veneto n. 1521/2023, sia la sentenza del TAR Calabria n. 256/2024 trattano ipotesi affatto diverse da quella in discussione: nel primo caso, infatti, nell'ambito del soccorso istruttorio attivato dalla stazione appaltante, la ricorrente *«ha inteso sanare la lacuna costituita dall'omessa allegazione del contratto di avalimento mediante la presentazione di un documento che reca la sola sottoscrizione dell'impresa ausiliarice»* e, d'altra parte, è lo stesso giudice che rimarca la sostanziale differenza con la fattispecie esaminata dal Consiglio di Stato più sopra citato affermando che *«la vicenda sottesa alla richiamata decisione [che si ritiene del tutto analoga a quella che ci occupa – n.d.r.] diverge sensibilmente da quella oggetto della presente controversia, dato che nella prima la sottoscrizione del contratto di avalimento da parte di entrambe le imprese era pacificamente avvenuta prima del termine di presentazione delle offerte, nonostante in gara fosse stata depositata la copia del documento con la sola firma del legale rappresentante dell'impresa ausiliaria. Pertanto, in quel giudizio, non era in dubbio che l'incontro di volontà tra i paciscenti fosse avvenuto prima del termine per la partecipazione alla procedura, sicché la produzione del documento da parte dell'impresa che non lo aveva sottoscritto è stata ritenuta*



idonea a provare che l'accordo fosse antecedente all'allegazione stessa»; nel secondo caso, invece, viene in rilievo la garanzia provvisoria e il quesito se possa ritenersi validamente formata pure in assenza della sottoscrizione del garante, in quanto pacificamente apposta sulla polizza in un momento successivo alla scadenza del termine previsto per la presentazione delle offerte; tuttavia, le pur condivisibili conclusioni del TAR («mentre la sola firma della garanzia da parte del garante avrebbe potuto ritenersi idonea a soddisfare quanto richiesto sia dal disciplinare di gara che dalla normativa in materia di contratti pubblici, attesa la sostanziale identità di dettato e di ratio fra l'art. 106 d.lgs. n. 36 del 2023 e l'art. 93 d.lgs. n. 50 del 2016, oggetto del riferito arresto dell'adunanza plenaria, alla sola firma del garantito non può, invece, essere accordata un'analogo valenza, non risultando, evidentemente, sufficiente a fare insorgere in capo al garante l'obbligazione nascente dal contratto, cioè quella di garantire il debito del contraente nei confronti del soggetto a cui favore è prestata la garanzia»), non possono considerarsi estensibili per analogia al caso di specie perché oltre ad opporvisi tutto l'ampio filone interpretativo sopra richiamato, vi si oppone anche la semplice constatazione che nel caso esaminato dal TAR Calabria si verifica l'ipotesi esattamente contraria a quella oggetto del presente parere: ovvero l'assenza della sottoscrizione del contratto (di fideiussione) da parte dell'unico soggetto che non potrebbe mai mancare, ossia il garante;

RITENUTO che nel caso in esame non appare applicabile il diverso orientamento interpretativo pur espresso in precedenza dall'Autorità e astrattamente coincidente con la tesi sostenuta dalla Stazione appaltante, il quale – appare opportuno rammentare – si impernia sul principio secondo cui la data certa di sottoscrizione di un contratto di avalimento firmato digitalmente sarebbe certificabile (soprattutto ai fini dell'opponibilità a terzi, tra cui l'Amministrazione committente) solo mediante l'apposizione della marcatura temporale o il ricorso ad una delle altre modalità di validazione temporale previste dalla vigente normativa (ovvero atto pubblico, scrittura privata autenticata o registrazione); e ciò perché tale opzione ermeneutica è stata espressa con riferimento al diverso caso in cui l'impresa ausiliata non aveva prodotto in allegato alla domanda di partecipazione il contratto di avalimento e a seguito di soccorso istruttorio aveva sì prodotto tale contratto



digitalmente firmato anche dall'impresa ausiliaria, ma privo di marcatura temporale, mentre nella fattispecie oggetto di odierna trattazione *«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»* (per usare le esatte parole del Cons. Stato già sopra citato),

il Consiglio

ritiene, sulla base di tutte le motivazioni che precedono e limitatamente alle questioni esaminate, che l'operato della Stazione appaltante non sia conforme alle disposizioni normative relative al contratto di avvalimento e al soccorso istruttorio di cui, rispettivamente, agli artt. 104 e 101 del d.lgs. n. 36/2023 e che pertanto l'esclusione della società DR Costruzioni Srl dalla procedura di gara in oggetto sia illegittima.

Ai sensi dell'art. 220, comma 1 del Codice, qualora la Stazione appaltante non intendesse conformarsi al parere dovrà comunicare, con provvedimento da adottare entro quindici giorni, le relative motivazioni alle parti interessate e all'Autorità, che potrà proporre il ricorso di cui al comma 3 del medesimo articolo.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 7 aprile 2025.

Il Segretario Laura Mascali

Firmato digitalmente.