



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9837 del 2019, proposto da
Consorzio Stabile Punta Campanella, in persona del legale rappresentante
pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Amedeo Pisanti, con
domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Eatec s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata
e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia, Francesco Mollica e Francesco
Zaccone, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e
domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Angelo Clarizia in
Roma, via Principessa Clotilde, 2;

nei confronti

Città Metropolitana di Torino, in persona del legale rappresentante *pro
tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Colarizi e
Francesca Massacesi, con domicilio digitale come da PEC Registri di
Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Massimo
Colarizi in Roma, via Giovanni Antonelli, 49;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda) n. 01111/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Eatec s.r.l. e della Città Metropolitana di Torino;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 30 aprile 2020, tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 5, e con le modalità di cui allo stesso art. 84, comma 6, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, il Cons. Stefano Fantini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Il Consorzio Stabile Punta Campanella ha interposto appello nei confronti della sentenza 7 novembre 2019, n. 1111 del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, sez. II, che ha accolto il ricorso della Eatec s.r.l. avverso la propria esclusione, comunicata in data 4 settembre 2019, dalla procedura aperta indetta dalla Città metropolitana di Torino (sulla piattaforma telematica per l'*e-procurement* della Regione Lombardia Sintel) per l'affidamento dei lavori di completamento sulla "variante di Borgaretto alla SP 143, II lotto", nonché avverso l'aggiudicazione disposta in favore del Consorzio Punta Campanella.

All'esito della gara l'appellante Consorzio venivo proposto per l'aggiudicazione a seguito dell'esclusione della Eatec s.r.l., inizialmente risultata prima graduata, e della seconda graduata Ediltranport Viscomi s.r.l.

Con il ricorso in primo grado la Eatec ha impugnato l'esclusione, fondata sulla circostanza che «*il contratto di avvalimento prodotto a corredo dell'offerta per l'acquisizione della qualificazione OG3, class. IV, essenziale per partecipare alla gara in oggetto, risulta sottoscritto dal*

legale rappresentante della sola impresa ausiliaria Festa Rosario Antonio, ma non dal legale rappresentante dell'impresa concorrente ausiliata Eatec s.r.l.», in violazione di quanto prescritto al punto 7) della pagina 13 della *lex specialis* di gara, deducendo che la mancata sottoscrizione digitale del documento sarebbe riconducibile ad una mera svista e che comunque dal contratto si desume la volontà dell'impresa ausiliata di fare ricorso all'avvalimento, con la conseguenza che avrebbe dovuto essere attivato il soccorso istruttorio. La Eatec con istanza in data 16 settembre 2019, precedentemente, dunque, alla notificazione del ricorso, aveva presentato istanza di annullamento in autotutela accompagnata dalla produzione del contratto da cui risulta la sottoscrizione digitale di entrambi i contraenti, in particolare risalente al 29 luglio 2019 per l'ausiliaria, ed al 18 agosto 2019 per l'ausiliata (si tratta in entrambi i casi di sottoscrizioni antecedenti al termine di presentazione delle offerte, scadente il 2 settembre 2019).

2. - La sentenza appellata ha accolto il ricorso nella considerazione che non può ritenersi inesistente il contratto di avvalimento inoltrato telematicamente e privo della sottoscrizione dell'impresa ausiliata e che deve ritenersi applicabile il soccorso istruttorio. Precisato che si pone piuttosto un problema di prova della sottoscrizione del contratto, la sentenza ha ritenuto che la produzione in sede procedimentale del contratto sottoscritto digitalmente, seppure in assenza di marcatura temporale, dimostra che la volontà dell'ausiliaria è stata espressa prima della scadenza dei termini. Ha precisato la sentenza che nella fattispecie, caratterizzata da una carenza documentale, debba prevalere il principio del *favor participationis*, disponendo, per l'effetto, la riammissione alla gara della Eatec.

3.- Con il ricorso in appello il Consorzio Stabile Punta Campanella ha criticato la sentenza di primo grado deducendone l'erroneità per violazione dell'art. 7 dell'avviso della procedura, che imponeva l'obbligo del deposito di un valido contratto di avvalimento sottoscritto digitalmente, in

conformità della regola generale per cui detto contratto ha una forma scritta *ad substantiam*, nonché dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, da ciò derivando l'inesistenza del contratto. Ha inoltre allegato l'appellante come neppure in sede di autotutela Eatec abbia fornito la prova dell'antiorità della sottoscrizione del contratto, occorrendo allo scopo la contestuale apposizione della marca temporale idonea ad attribuire data certa ai documenti digitali.

4. - Si è costituita in giudizio la Città Metropolitana di Torino aderendo all'appello e chiedendone l'accoglimento.

5. - Si è costituita in resistenza Eatec s.r.l. concludendo per la reiezione dell'appello.

6. - All'udienza del 30 aprile 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Con i primi due motivi, che possono essere esaminati congiuntamente in ragione della loro complementarità, il Consorzio Stabile Punta Campanella premette che l'avviso di procedura aperta, all'art. 7, imponeva l'obbligo del deposito di un valido contratto di avvalimento sottoscritto digitalmente (in originale od in copia autentica, secondo quanto previsto dall'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016), mentre il contratto depositato in sede di partecipazione alla gara da Eatec, con la sola sottoscrizione dell'ausiliaria, non è né l'originale, né una copia conforme, ed al contempo non può ritenersi soddisfatto il requisito della sottoscrizione digitale, recando la firma di una sola parte. Deduce l'irragionevolezza della sentenza, nella considerazione che la produzione di una copia sottoscritta da una soltanto delle parti non assolve al requisito richiesto, nè sono evincibili indizi idonei a superare il vizio della forma scritta ed a provare che la sottoscrizione sia avvenuta antecedentemente al termine di scadenza per la produzione del contratto stesso agli atti del procedimento di gara unitamente alla presentazione della domanda di partecipazione.

I motivi, pur nella loro indubbia complessità, derivante dal fatto che la questione controversa diviene il luogo geometrico di convergenza di diversi profili giuridici, permeanti la tematica dei contratti pubblici, sono infondati.

Giova precisare come la sentenza individui anzitutto che il punto controverso è la prova del perfezionamento del contratto prima della scadenza dei termini di partecipazione alla gara, escludendo dunque che si ponga un problema di validità del contratto di avvalimento, del quale è peraltro pacificamente ammessa la natura di contratto con forma scritta *ad substantiam actus* (in termini C.G.A. Sicilia, 19 febbraio 2016, n. 52, ma anche Cons. Stato, Ad. plen., 4 novembre 2016, n. 23 nella prospettiva della forma quale mezzo di controllo della stazione appaltante sui requisiti essenziali dell'avvalimento).

Del resto, 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. Nè si pone 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.

2. - Deve dunque 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.

A questo riguardo, la sentenza afferma che «*al di là della marcatura temporale della firma digitale, la produzione in gara del documento sottoscritto dall'ausiliaria prova che la sua volontà era stata compiutamente e formalmente espressa prima della scadenza dei termini così da consentire la produzione documentale*». L'appellante deduce invece che tale soluzione, ispirata dalla giurisprudenza civile formatasi sul valore della produzione in giudizio della scrittura privata da parte del soggetto che non ha sottoscritto il contratto, è inapplicabile al caso di specie, ove la produzione del contratto dovrebbe avere efficacia *ultra partes*, e cioè anche nei confronti della stazione appaltante.

Si tratta però di una obiezione non convincente.

La giurisprudenza implicitamente evocata dalla sentenza appellata è quella per cui, 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). 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.

In analogia, la sentenza di prime cure ha ritenuto 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.

La tesi dell'appellante, che esclude l'analogia in funzione dell'efficacia verso la stazione appaltante, non appare in realtà condivisibile, in quanto il

contratto ha un'efficacia *inter partes*; con lo stesso l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente ausiliato a fornire i requisiti ed a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. L'impresa ausiliaria si obbliga invece nei confronti della stazione appaltante con separata dichiarazione, mediante la quale mette a disposizione, per tutta la durata del contratto, le risorse necessarie di cui è carente il concorrente. Tale distinzione discende proprio dalla previsione dell'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, che richiede di tenere distinto il contratto di avvalimento dalla dichiarazione; lungi dal costituire un mero formalismo, tale dichiarazione è fondamentale perché l'ausiliario assuma direttamente nei confronti della stazione appaltante gli obblighi di mettere a disposizione del concorrente i requisiti e le risorse di cui quest'ultimo è carente, laddove il contratto di avvalimento è fonte per il medesimo ausiliario di obblighi nei soli confronti del concorrente (Cons. Stato, V, 22 ottobre 2019, n. 7188).

3. - Quanto, poi, all'ulteriore argomentazione di parte appellante secondo cui a termini dell'art. 89 e della *lex specialis* vi sarebbe comunque un deficit nel contratto sottoscritto da una sola parte, occorre ricordare come la giurisprudenza abbia affermato che anche la produzione di copia del contratto di avvalimento (laddove è richiesto dalla legge l'originale o copia autentica) costituisce una "irregolarità" (relativa alla forma) dei documenti cui è possibile rimediare mediante attivazione del soccorso istruttorio (Cons. Stato, V, 19 febbraio 2019, n. 1143). Il soccorso istruttorio deve invece escludersi con riguardo ai profili contenutistici del contratto di avvalimento, ad esempio nel caso in cui non contenga alcun impegno dell'ausiliaria ad eseguire le prestazioni per cui le capacità sono richieste (così Cons. Stato, V, 3 aprile 2019, n. 2191).

Nel caso di specie, è incontestato che con l'istanza di riesame Eatec abbia trasmesso all'amministrazione l'originale del contratto sottoscritto digitalmente da entrambe le parti.

4. - Il terzo motivo di appello deduce ulteriormente come dal contratto sottoscritto da entrambe le parti non si evinca comunque se (la sottoscrizione) sia avvenuta antecedentemente al termine di presentazione delle domande di partecipazione, nella considerazione che 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*.

Il motivo è infondato nei termini che seguono.

Bene conosce il Collegio il precedente della Sezione 20 agosto 2019, n. 5747, volto a sottolineare che il contratto deve essere presentato unitamente alla domanda di partecipazione e che nell'ipotesi in cui ciò non avvenga, ed in particolare nel caso di soccorso istruttorio si pone il problema di dimostrare, *a posteriori*, che il contratto di avvalimento sia stato, in realtà, stipulato prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Nel caso di specie, peraltro, si verte al cospetto di un contratto sottoscritto digitalmente, rispetto al quale la manipolazione della data della sottoscrizione dell'impresa ausiliata risulta certamente più complessa; dalla certificazione versata in atti emerge che Eatec (e, per essa, il legale rappresentante sig. Alessi Eugenio Luca) abbia sottoscritto il contratto in data 18 agosto 2019. Non può dunque escludersi che il certificato della firma apposta telematicamente dall'impresa ausiliata, risalente, come detto, al 18 agosto 2019, 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 (2 settembre 2019).

Peraltro, 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 allorchè 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.

5.- Alla stregua di quanto esposto, il ricorso va respinto.

Sussistono tuttavia, in ragione dei margini di opinabilità della fattispecie, i motivi prescritti dalla legge per compensare tra tutte le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 30 aprile 2020, tenuta ai sensi dell’art. 84, comma 6, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE
Stefano Fantini

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO