



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 5400 del 2024, proposto da XXX S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG ..., rappresentata e difesa dall'avvocato Emiddio Siani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

YYY Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Daniele Perna, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

KKK S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento previa sospensione

a – del provvedimento di cui alla nota prot. n. 9554 del 17.09.2024, ad oggetto “comunicazione di esclusione” dalla procedura cig ..., ad oggetto la fornitura di bobine di film plastico funzionali alla legatura delle balle di rifiuto prodotte dagli impianti T.M.B. di Giugliano e Tufino – lotto 1”;

b – del verbale (n. 1) della seduta pubblica del 09.09.2024 del seggio di gara;

c – dell’art. 6 del disciplinare, qualora ponga requisiti di partecipazione ulteriori rispetto a quelli previsti dall’art. 100 del D.Lgs. n. 36/2023;

nonché, ove e per quanto occorra

d – del disciplinare di gara, ove lesivo ed in ogni caso anche in riferimento agli artt. 7 e 14;

e – della nota prot. n. 9554/2024, recante trasmissione del provvedimento impugnato sub a);

f – del verbale n. 3 del 26.09.2024, con il quale il seggio di gara ha formulato proposta di aggiudicazione;

g - di tutti gli atti, presupposti, connessi, collegati e consequenziali;

con richiesta di tutela in forma specifica

mediante declaratoria di inefficacia del contratto, ove nelle more stipulato, e condanna al risarcimento in forma specifica, mediante subentro nell’aggiudicazione e/o nel contratto ovvero, in subordine, con tutela risarcitoria per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di KKK S.p.A. e di YYY Spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2024 la dott.ssa Maria Barbara Cavallo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La XXX S.r.l. ha tempestivamente impugnato il provvedimento di cui alla nota prot. n. 9554 del 17.09.2024, “comunicazione di esclusione” dalla procedura Cig ..., indetta da YYY Spa (in seguito anche: S.A.) con bando del 07.08.2024, avente ad oggetto la fornitura di bobine di film plastico funzionali alla legatura delle balle di rifiuto prodotte dagli impianti T.M.B. di Giugliano e Tufino – lotto 1”, nonché gli altri atti indicati in epigrafe.

Il paragrafo 6.2 lett. b) del disciplinare di gara, nel definire i requisiti di capacità tecnico- professionale di cui all'art. 100, comma 1 lett. c) del D. Lgs n. 36/2023 prevede che i concorrenti debbano, a pena di esclusione "*essere in possesso di una certificazione «Plastica seconda vita», ovvero «ReMade in Italy» ovvero una certificazione equipollente ad una delle precedenti*". La XXX S.r.l., non essendo in possesso di tale requisito, ha dichiarato di voler fare ricorso all'istituto dell'avvalimento e ha allegato all'offerta un contratto di avvalimento con la Flamix s.r.l.

La stazione appaltante ha escluso l'offerta dell'odierna ricorrente per due ragioni:

- a) perché il contratto di avvalimento è stato depositato in formato .doc (word), laddove il Disciplinare di Gara prevede, al paragrafo 7, che il contratto di avvalimento “deve essere nativo digitale” e pertanto, rappresentato da un documento informatico ottenuto tramite software di videoscrittura (word, openoffice, ecc.) trasformato in pdf senza scansione. Inoltre, il contratto di avvalimento presentato dal concorrente risulta sprovvisto della firma digitale dell'impresa ausiliata (ossia della odierna ricorrente);
- b) sempre con riferimento al contratto di avvalimento, perché con esso la Flamix (ausiliaria) non avrebbe realmente fornito il requisito oggetto del contratto in quanto non risultano indicate in modo specifico le risorse messe a disposizione dall'ausiliario all'ausiliato al fine di dare concreta applicabilità all'atto.

2. La ricorrente ha rilevato l'illegittimità dell'esclusione in quanto effettuata senza alcun contraddittorio e senza attivare il preventivo soccorso istruttorio, e prima ancora di accertarsi della disponibilità di prove di esistenza del contratto con data certa anteriore alla scadenza dell'offerta.

In sede di deposito della domanda di partecipazione, pur essendo stato sottoscritto il contratto con firma analogica, è stato depositato in sede il file recante la sottoscrizione digitale dalla sola società ausiliaria.

La proposta sarebbe stata trasmessa con mail del 05.09.2024 dalla ricorrente (ausiliata) a Flamix S.r.l. (ausiliaria), successivamente sottoscritta in via digitale per accettazione dalla ausiliaria, ritrasmessa a mezzo email alla ricorrente, la quale ha provveduto al relativo deposito in sede di domanda di partecipazione in uno alle dichiarazioni all'uopo prescritte.

Tale data di esistenza del documento, nota all'Amministrazione, farebbe sì, nella prospettazione di XXX S.r.l., che l'esclusione non avrebbe dovuto essere comminata senza l'instaurazione di un contraddittorio apposito, finalizzato anche a chiarire le questioni relative al contenuto del contratto.

3. Nello specifico, le censure mosse avverso il provvedimento sono così sintetizzabili:

3.1. Violazione e falsa applicazione degli artt. 101 e 104 d.lgs. 36/2023, degli artt. 7 e 10 bis l. 241/1990, degli artt. 1326 e 2704 c.c. oltre all'eccesso di potere per travisamento del fatto e violazione del contraddittorio procedimentale, in quanto il contratto non sarebbe nullo per mancanza di sottoscrizione della ricorrente/ausiliata, avendolo quest'ultima prodotto in sede di partecipazione alla gara e questo attesterebbe – secondo una tesi giurisprudenziale

condivisa dalla ricorrente - che la sua volontà era stata compiutamente e formalmente espressa prima della scadenza dei termini così da consentire la produzione documentale.

3.2. Sotto altro profilo, la violazione delle suindicate disposizioni e l'eccesso di potere si concretizzerebbe anche per la mancata considerazione, da parte della S.A., della conclusione del contratto a seguito dello scambio proposta-accettazione tra ausiliata e ausiliaria, con quest'ultima che ha sottoscritto (in forma digitale) la proposta, restituendola al proponente/ausiliato a mezzo email, il che integra la disciplina dell'art. 1326 c.c. unitamente alla dichiarazione, contenuta nei documenti di gara, di volersi avvalere dell'avvalimento per quanto riguarda il requisito di cui all'art. 6.2 del disciplinare.

Questo comproverebbe la formazione del contratto "a distanza", modalità di conclusione valida anche nei casi in cui sia richiesta la forma scritta ad substantiam, in quanto l'ausiliaria ha apposto la firma digitale sullo schema contrattuale proposto dall'ausiliata e quest'ultima ha provveduto al regolare deposito della dichiarazione di avvalimento, debitamente sottoscritta. Si tratterebbe, dunque, di una modalità di conclusione del contratto "con decorrenza dalla presentazione dell'offerta cui è allegato".

3.3. In ogni caso, la ricorrente prospetta la violazione dell'art. 101 del D.Lgs. n. 36/2023 sotto il profilo della mancata attivazione del soccorso istruttorio previsto dalla disposizione in questione e dall'art. 7 del Disciplinare, che avrebbe consentito, se attivato, di avere contezza anche della conclusione del contratto per scambio di proposta ed accettazione, che la ricorrente avrebbe dimostrato anche mediante allegazione del file contenente l'email di trasmissione della proposta "accettata", con evidenza del giorno e dell'orario di ricezione.

3.3.1. La ricorrente ha altresì argomentato sulla dimostrabilità della "data certa" mediante la cd. prova logica ai sensi dell'art. 2704 c.c., basata, nel caso concreto, sulla dichiarazione d'impegno dell'ausiliata contenuta nei documenti di gara e valutabile solo dalla stazione appaltante ma non dal giudice amministrativo, sicchè, non avendo la prima sollecitato il contraddittorio procedimentale, ha determinato per ciò stesso un vizio della decisione assunta, che – sempre secondo la ricorrente – "non potrebbe essere "sostituita" sic et simpliciter dalla astratta possibilità, per il Giudice, di valutare in proprio la medesima prova logica (essendo diritto del privato ottenere giustizia sia in sede procedimentale che in sede processuale)", anche alla luce dell'art. 21 octies della l. 241/90 (che esclude la cd. sanatoria processuale della violazione del contraddittorio procedimentale).

3.4. Con il quarto motivo la XXX S.r.l. ha contestato che la previsione dell'art. 7 del Disciplinare, secondo cui il contratto di avvalimento "deve essere nativo digitale", possa costituire motivo di esclusione.

Mancherebbe, infatti, sia la motivazione circa l'inidoneità allo scopo del formato word, e in ogni caso tale formato word è comunque "nativo digitale".

Inoltre, il formato del file del contratto di avvalimento sarebbe irrilevante ai fini della sua validità, come comprovato dal fatto che l'art. 104 del D.Lgs. n. 36/2023 non contiene alcuna specifica prescrizione circa il formato da utilizzare, richiamando solo la forma scritta.

Considerata la natura del contratto di avvalimento, non vi sarebbe nessuna specifica esigenza tale da imporre necessariamente il deposito del file in formato "pdf" in ragione della assenza di dati e informazioni di per sé idonei ad influire sullo svolgimento della gara (come potrebbe accadere, invece, con l'offerta tecnica o economica), sicchè anche in questo caso sarebbe stata obbligatoria l'attivazione del soccorso istruttorio.

Laddove si dovesse intendere che il contratto il formato *word* non sarebbe idoneo ad integrare un file nativo digitale, comportando ciò l'esclusione del concorrente, la ricorrente censura, in via incidentale, l'art. 7 del Disciplinare per violazione dell'art. 104 del D.Lgs. n. 36/2023, del principio di tassatività delle cause di esclusione e del favor participationis.

3.5. Con i restanti motivi, la ricorrente ha prospettato la violazione e falsa applicazione dell'art. 104 d.lgs. 36/2023 e degli artt. 1362, 1363, 1366 e 1367 cc, oltre che vari profili di eccesso di potere, contestando la motivazione relativa

alla presunta genericità del contratto di avvalimento depositato, che rinvia per relationem alla messa a disposizione dell'intero assetto societario e delle risorse della società ausiliaria, e ciò in quanto l'avvalimento riferito alla certificazione di qualità (come nel caso di specie) ha carattere complessivo e ha ad oggetto l'organizzazione aziendale dell'ausiliaria.

Peraltro, non sarebbe corretta la motivazione di esclusione per l'assenza, dal certificato intestato al produttore Flamix, delle informazioni richieste dall'art. 8.1 del disciplinare tecnico, sia sotto il profilo dell'assenza di specifica motivazione sul punto, sia in quanto l'art. 8.1 del capitolato tecnico riguarderebbe un requisito non di partecipazione, ma di esecuzione dell'appalto, comunque privo di clausola espulsiva.

4. Si sono costituite, con memoria, sia la controinteressata *KKK S.p.A.*, che la *YYY Spa.*, procedendo alla confutazione delle argomentazioni della ricorrente e chiedendo il rigetto dell'istanza cautelare e del ricorso.

5. Alla camera di consiglio del 7.11.2024, la ricorrente ha eccepito la tardività della memoria di *YYY Spa* e ha replicato oralmente alle difese avversarie.

La causa è stata trattenuta in decisione, con avviso di possibile sentenza in forma semplificata.

6. Come da avviso fatto in udienza, il Collegio ha ritenuto di dover decidere con sentenza in forma semplificata ex art. 60 c.p.a. tenuto conto della tipologia di rito ex art. 120 c.p.a. nonché della circostanza che la decisione verte, come si vedrà, su un'unica questione.

7. In via preliminare, non vi è tardività della memoria della stazione appaltante in quanto depositata il 5.11.2024 rispetto alla camera di consiglio del 7.11.2024, tenuto conto del dimezzamento dei termini processuali.

8. La decisione di esclusione costituisce atto plurimotivato in quanto basato su due ragioni differenti, tra loro autonome e attinenti la prima ad aspetti formali, la seconda sostanziali.

In questi casi, a sorreggere l'atto plurimotivato in sede giurisdizionale è sufficiente la legittimità di una sola delle ragioni espresse, con la conseguenza che il rigetto delle doglianze svolte contro una di tali ragioni rende superfluo l'esame di quelle relative alle altre parti del provvedimento; pertanto, il giudice, qualora ritenga infondate le censure indirizzate verso uno dei motivi assunti a base dell'atto controverso, idoneo, di per sé, a sostenerne ed a comprovarne la legittimità, ha la potestà di respingere il ricorso sulla sola base di tale rilievo, con assorbimento delle censure dedotte avverso altri capi del provvedimento, indipendentemente dall'ordine con cui i motivi sono articolati nel gravame, in quanto la conservazione dell'atto implica la perdita di interesse del ricorrente all'esame delle altre doglianze (giurisprudenza pacifica, da ultimo Cons. St., sez. V, 2.9.2024, n.7340; id., sez. III, 16.8.2024, n.7157; id., sez. III, 8.7.2024, n.6020; id., sez. III, 8.5.2024, n. 4143; T.A.R. Campania Napoli, sez. III, 12.12.2023, n.6890).

Tuttavia, per completezza di indagine e tenuto conto della differente natura delle motivazioni di esclusione, il Collegio ritiene di poterle esaminare entrambe.

9. In accoglimento del quarto motivo di ricorso, che va comunque esaminato anche in relazione alle censure che lo precedono, va ritenuta illegittima la motivazione di esclusione riportata nel provvedimento impugnato al par. 4 lett. a) in mancanza di attivazione del soccorso istruttorio, e precisamente per i vizi del contratto di avvalimento, relativi alla violazione della prescrizione del par. 7 del Disciplinare di Gara, che prevede che il contratto di avvalimento "deve essere nativo digitale" e deve essere firmato digitalmente dalle parti.

In relazione al primo requisito, la s.a. ha specificato, nel provvedimento, che il file "nativo digitale" è rappresentato da un documento informatico ottenuto tramite software di videoscrittura (word, openoffice, ecc.) trasformato in pdf senza scansione. Pertanto, la mancata trasformazione in pdf e l'allegazione in word renderebbe il file non nativo digitale.

In relazione al secondo requisito, la s.a. ha rilevato che il contratto di avvalimento presentato dal concorrente risulta sprovvisto della firma digitale dell'impresa ausiliata, *XXX S.r.l.* (che poi è la ricorrente/concorrente).

9.1. Entrambe le suddette motivazioni sono illegittime, avuto riguardo agli artt. 104 del d.lgs. 36 del 2023 e 7 del Disciplinare, e fermo quanto si dirà in ordine alla mancata attivazione del soccorso istruttorio.

L'art. 104 comma 1 stabilisce che “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.”

Il comma 4 prevede che “l'operatore economico allega alla domanda di partecipazione il contratto di avvalimento *in originale o copia autentica*, [...]”.

È noto che la forma scritta *ad substantiam* per il contratto di avvalimento 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 avvalimento 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. Chiave interpretativa della norma è pertanto la leale collaborazione delle parti (amministrazione appaltante e operatori economici), ispirata alla fiducia nell'attività dell'amministrazione e alla responsabilità dell'operatore economico, secondo i noti principi di buona fede, il tutto evidentemente nel rispetto del principio della par condicio.”

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.

9.2. Nella procedura oggetto di giudizio, la stazione appaltante ha previsto una forma scritta del contratto di avvalimento sostanzialmente rafforzata rispetto a quanto stabilito dall'art. 104 del Codice dei contratti, e l'ha applicata in modo ancor più drastico.

Infatti, l'art. 7 del Disciplinare di gara (“Avvalimento”), con riguardo al contratto *de quo* stabilisce che esso: i) va allegato alla domanda di partecipazione unitamente alle “dichiarazioni dell'ausiliario”; ii) deve essere nativo digitale e firmato digitalmente dalle parti.

Ha altresì previsto – replicando il disposto dell'art. 101 del Codice, che “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”.

Ne discende che l'assenza della natura “nativa digitale” del contratto (quindi, necessariamente un contratto informatico) e della firma digitale delle parti, non possono, di per sé sole, costituire ragioni escludenti come avvenuto nella gara *de quo*, considerando altresì che la stazione appaltante ha aggiunto- *peraltro solamente nel corpo del provvedimento*

di esclusione- la specificazione sulle caratteristiche del suddetto contratto (“*documento informatico ottenuto tramite software di videoscrittura (word, openoffice, ecc.) trasformato in pdf senza scansione*”).

Già questo sarebbe sufficiente per rinvenire, nell’operato dalla stazione appaltante, profili di eccesso di potere e violazione della *par condicio* tali da ritenere illegittima l’esclusione comminata sulla base di tali ragioni.

9.3. Vanno tuttavia aggiunte una serie di considerazioni.

Come evidenziato dalla ricorrente nel quarto motivo di ricorso, non è in discussione che la stazione appaltante possa richiedere che la forma ad substantiam (art. 1326 n. 4 c.c. – art. 1350 c.c.) del contratto di avvalimento assuma quella del documento informatico, posto che l’art. 1 lett. p) del d.lgs. 82 del 2005 lo definisce come “*il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti*” e l’art. 20 comma 1-bis del d.lgs. 82 del 2005 stabilisce che “*il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l’efficacia prevista dall’articolo 2702 del Codice civile (n.d.r. ossia, la scrittura privata fa piena prova – fino a querela di falso – quando “è legalmente considerata come riconosciuta”) quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall’AgID ai sensi dell’articolo 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all’autore. In tutti gli altri casi, l’idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità. La data e l’ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle Linee guida*”.

Quello che non è conforme a legge è l’aver impedito alla concorrente di poter dimostrare, mediante il soccorso istruttorio, l’esistenza di un contratto di avvalimento di tipo informatico conforme alle previsioni dell’art. 20 comma 1-bis del d.lgs. 82 del 2005 e avente data certa anteriore alla presentazione dell’offerta, tenuto conto che le “Linee Guida AgID sulla formazione, gestione e conservazione dei documenti informatici”, reperibili sul sito dell’Agenzia e che danno attuazione all’art. 71 del Codice dell’amministrazione digitale non definiscono il file “nativo digitale” e non attribuiscono al formato “PDF” caratteristiche tali differenziarlo dal formato word (usato dalla ricorrente) ai fini della dimostrazione della data di conclusione.

Esse, infatti, comprendono una serie di previsioni tecniche sulle caratteristiche dei documenti informatici, sulla loro formazione e immodificabilità (cfr. par. 2.1.1. – *Formazione dei documenti informatici*) che sono completate dagli Allegati 1 e 2.

Nello specifico, e per quanto qui di interesse, il documento informatico “*è formato mediante una delle seguenti modalità: a) creazione tramite l’utilizzo di strumenti software o servizi cloud qualificati che assicurino la produzione di documenti nei formati e nel rispetto delle regole di interoperabilità di cui all’allegato 2*” (pag. 12 Linee Guida); detto documento (pag. 13 Linee Guida) “*è immodificabile se la sua memorizzazione su supporto informatico in formato digitale non può essere alterata nel suo accesso, gestione e conservazione. Nel caso di documento informatico formato secondo la sopracitata lettera a), l’immodificabilità e l’integrità sono garantite sia dalla apposizione di una firma elettronica qualificata, di una firma digitale o di un sigillo elettronico qualificato o firma elettronica avanzata, sia mediante trasferimento a soggetti terzi attraverso un servizio di posta elettronica certificata o un servizio elettronico di recapito certificato qualificato.*”

Va evidenziato che l’All. 2 alle Linee Guida inserisce sia il formato “PDF” che il formato “Word” tra i “Documenti impaginati” di cui al par. 2.1., anche se attribuisce loro una diversa robustezza rispetto alle modifiche.

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.

9.3. Peraltro, correttamente la ricorrente fa riferimento alla decisione del Consiglio di Stato sez. V, 21 maggio 2020, n.3209, che, sotto la vigenza del precedente Codice, aveva condivisibilmente ribadito:

- la necessità della forma scritta *ad substantiam* del contratto di avvalimento, nella prospettiva della forma quale mezzo di controllo della stazione appaltante sui requisiti essenziali dell'avvalimento);
- 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, rimanendo peraltro in quest'ultimo caso 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;
- che riguardo al contratto di avvalimento 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;
- 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). 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; pertanto, 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;
- 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).

9.4. In conclusione sotto questo specifico aspetto, la mancata attivazione del soccorso istruttorio, in una con la richiesta di requisiti di forma del contratto di avvalimento neppure chiaramente specificati nel Disciplinare e utilizzati quali ragioni escludenti dell'offerta per mancata produzione del contratto (ritenuto, *sic et simpliciter*, inesistente) costituisce vizio del provvedimento di esclusione, che va ritenuto illegittimo sotto questo specifico aspetto.

10. Tuttavia, il provvedimento va confermato nella parte in cui si contesta l'insufficienza della certificazione prodotta (e quindi la genericità e inidoneità del contenuto del contratto di avvalimento) ai fini di dimostrare il possesso del requisito di capacità tecnica e professionale di cui al par. 6.2. del Disciplinare di gara, in relazione al par. 7 del medesimo disciplinare nonché al par. 8.1. del Disciplinare tecnico.

È vero che il par. 6.2. lett. b) richiede di “essere in possesso di una certificazione «*Plastica seconda vita*», ovvero «*ReMade in Italy*®» ovvero una certificazione equipollente ad una delle precedenti.

La comprova del requisito è fornita mediante certificato rilasciato dal relativo organismo di certificazione.”

Tuttavia, tale requisito deve necessariamente essere interpretato alla luce della previsione dell'art. 7, che specifica che “il concorrente può avvalersi di dotazioni tecniche, risorse umane e strumentali messe a disposizione da uno o più operatori economici ausiliari per dimostrare il possesso dei requisiti di ordine speciale di cui al punto 6.2 e/o per migliorare la propria offerta. Nel contratto di avvalimento le parti specificano le risorse strumentali e umane che l'ausiliario mette a disposizione del concorrente e indicano se l'avvalimento è finalizzato ad acquisire un requisito di partecipazione o a migliorare l'offerta del concorrente, o se serve ad entrambe le finalità.”

L'art. 8 del Disciplinare tecnico indica in modo preciso le caratteristiche delle forniture richieste, che poi costituiscono l'oggetto dell'appalto (bobine di film plastico), che devono essere evidentemente prodotte dal soggetto che mette a disposizione la certificazione sopra indicata.

Unitamente a questo, è stata prevista la “ Clausola ambientale” la quale stabilisce che “nell’ottica del rispetto dei principi dell’economia circolare, *fermo restando le caratteristiche meccaniche del prodotto richiesto*, è necessario che il produttore certifichi l’utilizzo, nel processo di produzione/estrusione del film, di una percentuale di plastiche provenienti da processo di riciclo non inferiore al 30%. L’anima in cartone della bobina deve essere realizzata con l’impiego di cartone a base 100% riciclata. Circa il contenuto di riciclato plastico, la dimostrazione di conformità è fornita a mezzo presentazione della certificazione «Plastica seconda vita» o della certificazione «ReMade in Italy®», o di certificazione equipollente, relativa al materiale oggetto di fornitura.”

Appare quindi evidente che la certificazione è l’attestazione – a posteriori – di una certa modalità del processo di produzione delle bobine che tuttavia è inscindibilmente collegato alla certificazione medesima, nel senso che chi possiede la certificazione è anche il produttore delle bobine stesse.

Nella clausola ambientale vi è, detto diversamente, una endiadi rappresentata dalla produzione di bobine aventi caratteristiche assai precise (come riportato dalla Tabella contenuta al punto 8.1.) e la certificazione del metodo “ecologico” di produzione.

Anche perché, come agevolmente ricavabile proprio del medesimo par. 8.1., alla produzione delle bobine, che – come detto- è l’oggetto dell’appalto, sono collegati altresì i costi degli oneri aziendali per la sicurezza (detti anche, in giurisprudenza e in dottrina, costi ex lege, costi propri, costi da rischi specifici o costi aziendali necessari per la risoluzione dei rischi specifici propri dell’appaltatore), i tempi di consegna (molto ristretti, “l’aggiudicataria dovrà consegnare le bobine di film plastico entro 10 giorni dalla richiesta dei preposti del Committente di ogni singolo impianto), la verifica della regolarità e corretta esecuzione della commessa (“il Committente, qualora riscontri irregolarità nelle modalità della fornitura e/o verifichi che il materiale fornito non è conforme alle specifiche di cui al presente disciplinare, non accetterà la consegna di materiale difforme ed applicherà le penali previste) ed altre previsioni similari.

10.1. Ciò però comporta che, come rilevato dalla stazione appaltante, nel contratto di avvalimento tutto questo doveva essere esplicitato, perché l’impatto dell’attività dell’ausiliaria si riverbera direttamente sul contenuto dell’offerta e sulle presumibili modalità esecutive della commessa.

Infatti, correttamente la s.a. ha rilevato che “riguardo ai punti 2) e 3) del contratto di avvalimento presentato dal concorrente, non risultano indicate in modo specifico le risorse messe a disposizione dall’ausiliario all’ausiliato al fine di dare concreta applicabilità all’atto”, in quanto nel contratto si afferma semplicemente che “la Flamix S.r.Z, impresa ausiliaria, si obbliga a fornire alla XXX S.r.l., impresa ausiliata, i requisiti di cui al punto 6.2. comma

b) — Requisiti di capacità tecnica e professionale - del disciplinare di gara, come di seguito concretamente specificati”, costituiti dalla sola certificazione senza le informazioni richieste dall’art. 8.1 del disciplinare tecnico e con l’impegno della Flamix, assai generico, “di mettere a disposizione dell’impresa ausiliata tutte le risorse connesse al requisito tecnico-professionale prestato, in caso di aggiudicazione del lotto da parte dell’ausiliata, l’esecuzione delle prestazioni in oggetto, dovendosi intendere l’avvalimento esteso ad ogni elemento inerente e costitutivo del predetto requisito ivi compresi la documentazione richiesta a comprova del requisito” e di tenere queste risorse (mezzi, strumenti, dispositivi, beni nonché il personale) a disposizione della ausiliata per tutta la durata dell’appalto, in modo pieno ed incondizionato, senza limitazioni di sorta e ciò anche in caso di proroga o comunque di protrazione dei tempi di esecuzione del contratto.

11. È evidente al Collegio, che sul punto quindi condivide le decisioni dalla s.a., che questa generica dicitura non contiene l’indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dall’operatore economico *a pena di nullità*, come richiesto dall’art. 104 del d.lgs. 36 del 2023.

Sul punto, deve richiamarsi l’esaustiva e motivatissima pronuncia della Terza Sezione di questo Tribunale n. 51 del 7 gennaio 2020, che aveva giudicato su un caso analogo a quello oggetto del presente giudizio, in quanto vi era un

generico impegno dell'ausiliaria a fornire la propria collaborazione, la propria attività di assistenza e consulenza nell'organizzazione e conduzione della parte delle attività di esse correlate al fine di assicurare la puntuale perfetta ed integrale esecuzione dell'appalto.

La citata decisione ha chiarito che “la previsione puramente nominalistica del ruolo esecutivo non è sufficiente ad integrare quella diretta esecuzione richiesta dall'articolo 89” e che “il ruolo esecutivo invece è di natura ben diversa, dovendo essere contemplato per lo svolgimento di specifiche capacità e competenze non trasmissibili attraverso il semplice prestito di risorse umane e materiali.”

Sotto questo profilo, si era colta – già sotto la vigenza dell'art. 89 del d.lgs. 50 del 2016 – l'ambiguità di una disposizione che basava la propria complicata articolazione sul presupposto che l'avvalimento consistesse in un prestito di requisiti.

Invece, la Relazione al Codice del 2023 ha specificato, con riguardo al nuovo art. 104, che “nella disciplina dell'avvalimento si è cercato di procedere ad un vero e proprio cambio di impostazione, incentrando la disciplina sul contratto di avvalimento piuttosto che sul mero sistema del prestito dei requisiti”.

Ecco che dunque l'analogia del caso deciso con la sentenza 51/2020 risiede nel fatto che, allora come ora, il contenuto del contratto di avvalimento è sostanzialmente privo dell'impegno di esecuzione diretta dell'ausiliaria.

La decisione del 2020 si confrontava con la mancanza, all'epoca, di un chiaro riferimento normativo; pertanto, applicando le generali categorie civilistiche in tema di invalidità del contratto, per carenza degli elementi essenziali, e valorizzando il ruolo della causa contrattuale, la terza Sezione di questo T.A.R. aveva evidenziato:

-che l'avvalimento è un contratto causalmente orientato a colmare le carenze dell'impresa partecipante, proprio al fine di integrare i requisiti di partecipazione alla gara, ascrivibile non alla categoria dei contratti atipici (come in passato ritenuto anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato) ma dei contratti tipici, in quanto legalmente definito nell'allora vigente art. 89 d.lgs. 50 del 2016 e quindi ora, a maggior ragione, dall'art. 104 del d.lgs. 36 del 2023;

- che l'autonomia contrattuale è peraltro condizionata dagli obiettivi fissati dalla norma e che le parti contrattuali devono perseguire all'atto della stipula del contratto di avvalimento. Da ciò consegue che lo schema contrattuale definito dalla norma contenuta nell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 non può essere in alcun modo alterato. È necessario, infatti, che attraverso il contenuto specifico del contratto di avvalimento prescritto dal Codice dei contratti pubblici, si offra alla Stazione appaltante una garanzia di solidità del concorrente oltre che di corretta esecuzione dell'appalto; ed in determinati casi, anche di un particolare standard di qualità dell'esecuzione dello stesso;

- che dunque, ai fini della valutazione della causa in concreto, va quindi affermato che il controllo di legittimità si attua verificando l'effettiva realizzabilità della causa concreta, da intendersi come obiettivo specifico perseguito dal procedimento.

Sempre la cennata decisione del T.a.r., aveva fatto ricorso alla teorica della causa in concreto del contratto, elaborata dalla Terza sezione civile della corte di Cassazione, a partire dalla sentenza del 2006 numero 10490, che ha inaugurato un nuovo corso nella valutazione dell'elemento causale del contratto, come “funzione economico individuale, superando una visione di carattere puramente oggettivistico”. “Secondo la teorica fatta propria dalla corte di Cassazione la causa in concreto è "sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (aldilà del modello, benché tipico, adoperato). Sintesi (e dunque ragioni concrete) della dinamica contrattuale, si badi e non anche della volontà delle parti. Causa dunque ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga al fine di cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso con i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale”.

Rinviando alla decisione 51/2020 per l'approfondimento delle tematiche ivi esposte, anche con riguardo alla giurisprudenza citata, se ne mutua il passaggio nel quale si evidenzia che, secondo le Sezioni Unite della Cassazione, "l'indagine è volta ad accertare l'adeguatezza del contratto agli interessi concreti delle parti. Sul punto la sentenza osserva che l'analisi del sinallagma del contratto assicurativo costituisce un adeguato strumento per verificare se ne sia stata realizzata la funzione pratica di assicurazione dallo specifico pregiudizio, e ciò al fine non di sindacare l'equilibrio economico delle prestazioni (profilo rimesso esclusivamente all'autonomia contrattuale), ma di indagare se lo scopo pratico del negozio presenti un arbitrario squilibrio tra rischio assicurato e premio, poiché nel contratto di assicurazioni contro i danni la corrispettività si fonda su una relazione oggettiva e coerente fra rischio assicurato e premio."

Altre pronunce sono state considerate significative, per le implicazioni sotto certi aspetti parametrabili al contratto di avvalimento, in quanto diretto a produrre peculiari effetti anche verso terzi), laddove si indica la causa concreta come l'obiettivo specifico perseguito dal procedimento, priva di un contenuto fisso e predeterminabile e dipendente essenzialmente dal tipo di proposta formulata. Le Sezioni Unite, con un ragionamento che la decisione di questo T.a.r. 51/2020 ha condiviso, hanno rilevato come sia essenziale verificare se il contratto sia idoneo ad espletare una funzione commisurata agli interessi che le parti perseguono; tale controllo, operato dal giudice sul regolamento degli interessi voluto dalle parti, ha essenzialmente ad oggetto il rispetto, da parte dei contraenti nell'esercizio dell'autonomia negoziale, del principio di conformità all'utilità sociale dell'iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost.. La valutazione di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c., in altri termini, non si esaurisce in una verifica di liceità della causa, ma investe il risultato perseguito con il contratto, del quale deve accertare la conformità ai principi di solidarietà e parità che l'ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati."

"Conclusivamente, la Corte di Cassazione, attraverso un filo ininterrotto di pronunce, afferma come la causa in concreto può essere assente in contratti formalmente riconducibili a figure tipiche, ma che non sono in grado di realizzare gli interessi previsti dal tipo legale."

Rapportando queste riflessioni al contratto di avvalimento, il Tar ha giustamente ritenuto che la valutazione della liceità del contratto vada riferita alla specifica procedura di affidamento per cui esso venga stipulato, ed in particolare qualora "tenda ad integrare il requisito esperienziale pertinente"

"Se invero normalmente non si impone in fase esecutiva che l'ausiliaria utilizzi effettivamente le risorse dichiarate come messe a disposizione, nell'ipotesi del requisito dell'esperienza professionale pertinente la legge richiede espressamente, come sopra chiarito, che la prestazione venga eseguita direttamente dall'impresa ausiliaria. In tal caso la causa in concreto del contratto, riguardata come funzione economico- individuale perseguita dalle parti, deve avere riguardo alle specifiche finalità della concreta operazione negoziale, non potendo prescindere dal concreto assetto di interessi voluto."

"La mancanza della corrispondente previsione in una specifica clausola contrattuale, rende pertanto il contratto nullo per mancanza di causa in concreto, dal momento che il contratto tipico adoperato dalle parti non si presenta idoneo a soddisfare la funzione individuale dell'operazione posta in essere, così come diretta alla tutela di interessi ulteriori e superindividuali. In tal caso si esige il rispetto, da parte dei contraenti nell'esercizio dell'autonomia negoziale, del principio di conformità all'utilità sociale dell'iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost.."

"L'adattamento delle nozioni civilistiche di oggetto e causa alla peculiare dimensioni del contratto di avvalimento è valorizzata dalla circostanza che gli effetti indiretti dell'accordo si producono anche verso terzi che allo stesso non partecipano ed in particolare verso l'amministrazione cui l'accordo stesso è rivolto al fine di integrare i requisiti di partecipazione. La causa concreta del contratto di avvalimento presenta dunque una funzione peculiare, non solamente diretta a colmare il gap del concorrente rispetto ai requisiti di partecipazione, procurandosi risorse finanziarie ed operative di cui lo stesso è carente, ma anche e soprattutto a garantire la stazione appaltante sulla serietà

ed affidabilità dell'impresa concorrente e dunque sulla sua idoneità ad eseguire correttamente le prestazioni messe in gara.”

“Ne deriva che la mancanza di causa in concreto si rifrange non solo sui rapporti contrattuali tra i contraenti dell'accordo di avvalimento, ma in maniera significativa sull'esigenza della stazione appaltante di assicurarsi certezza ed affidabilità del contraente stesso; causa in concreto è il reale cambiamento prodotto dal contratto nella sfera giuridica del contraente, in quanto destinata ad operare nei confronti della stazione appaltante. Di qui la necessità di un controllo più penetrante confronti della causa, e di tenere conto della compresenza di più interessi (tra cui quello della stazione appaltante e dei terzi concorrenti estranei all'accordo), verificando in concreto se l'operazione negoziale arrechi effettivamente il possesso di quei requisiti tali da garantire l'affidabilità del concorrente in ordine alla corretta esecuzione dell'appalto.”

“La caratterizzazione negoziale dell'avvalimento, unita alla natura non meramente individuale degli interessi in gioco, spinge a verificare rigorosamente il ricorrere della causa concreta dell'operazione negoziale, verificando se il contratto sia idoneo ad espletare una funzione commisurata agli interessi che le parti perseguono con riguardo al rispetto, da parte dei contraenti, del principio di conformità all'utilità sociale dell'iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost..”

“ Va quindi data piena applicazione ed adesione all'indirizzo inaugurato dalla Terza sezione civile della corte di Cassazione con le sentenze n. 10.490 del 2006, n. 16.315 e n. 26.956 del 2007, in base alla quale la causa non può essere ulteriormente intesa in senso del tutto astratto come funzione economico sociale del negozio, svincolata tour court dalla singola fattispecie contrattuale, ma deve identificarsi come funzione economico individuale del singolo specifico negozio, da valutarsi in tali termini sotto il profilo tanto genetico, quanto funzionale”.

12. Rapportando le conclusioni sopra esposte, che il Collegio condivide integralmente, al contratto di avvalimento stipulato dalla ricorrente con Flamix s.r.l. ai fini della mutuabilità del requisito esperienziale rappresentato dalla certificazione “ ambientale”, deve ritenersi, per le ragioni di fatto già illustrate, che tale requisito non sia semplicemente dimostrabile attraverso la produzione del mero certificato, ma che esso sottenda una capacità esecutiva che è sostanzialmente integrativa dell'offerta (sotto il profilo della capacità soggettiva e oggettiva dell'ausiliario di realizzare l'oggetto della commessa pubblica), sicchè, sotto il profilo della causa concreta sopra spiegata, la circostanza di non aver fatto riferimento alle specifiche risorse che l'ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata costituisce un vulnus del contenuto del contratto, determinandone la nullità proprio per difetto di causa concreta rappresentata dalla genericità della dichiarazione (meramente riproduttiva del contenuto del disciplinare), priva di specificazione delle risorse concretamente messe a disposizione in conformità al par. 8.1. del Disciplinare tecnico e in considerazione della insufficienza della sola certificazione ambientale prodotta a attestare la capacità dell'ausiliaria in ordine alla realizzazione delle bobine ricoperte da film plastico, che è poi l'oggetto dell'appalto.

Peraltro, va specificato ulteriormente, che il contratto di avvalimento 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 dalla previsione dell'art. 104 del d.lgs. 36 del 2023, 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).

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, per cui le lacune del contratto di avvalimento, tali da determinarne la nullità, non possono essere sanate con il soccorso istruttorio (così Cons. Stato, V, 3 aprile 2019, n. 2191; T.A.R. Lazio, sez. II, 3 novembre 2021, n.11290; id., sez. II, 21 aprile 2021, n.4686).

Naturalmente, il riferimento è al caso di avvalimento cd. operativo, così come individuato dalla giurisprudenza formatasi sotto la vigenza dell'art. 89 e trasposto nella formulazione dell'odierno art. 104, nel quale – come nel caso di specie – è necessaria la puntuale indicazione delle risorse in concreto prestate e della necessaria specificità della dichiarazione resa.

L'obiezione, pur fatta propria dalla ricorrente, della circostanza che la previsione del par. 8,1. del Disciplinare tecnico riguarderebbe solo funzioni esecutive, trova smentita nell'oggetto del contratto che è specificamente quella di “fornitura di bobine di film plastico funzionali alla legatura delle balle di rifiuto prodotte dagli impianti T.M.B di Giugliano in Campania e Tufino”.

Parimenti, la tesi prospettata dalla XXX S.r.l sulla sufficienza della dichiarazione “generica” di avvalimento delle risorse di Flamix che corrisponderebbe all'intero complesso aziendale della ausiliaria, per quanto necessario alla realizzazione delle bobine in questione, non può essere accolta tenuto conto di quanto sopra illustrato sulla necessità che il contenuto del contratto di avvalimento sia idoneo, nei casi quali quello oggetto del presente giudizio, a dare contezza della causa in concreto del contratto, cosa che nel caso di specie non è avvenuta, mancando qualsivoglia riferimento a quali risorse/beni strumentali e modalità di esecuzione la Flamix metta a disposizione della ricorrente ai fini dell'integrazione sostanziale, e non solo formale, del requisito di cui al par. 6.2. lett. b) del disciplinare di gara.

13. Per le ragioni sopra esposte, ritenendo dunque sufficiente una delle due motivazioni addotte dalla s.a. a sorreggere la legittimità della decisione, il ricorso va respinto.

14. Stante la peculiarità della questione e la relativa novità normativa data dall'entrata in vigore del Codice in epoca recente, nonché l'accoglimento del quarto motivo di ricorso (per quanto influente, trattandosi di atto plurimotivato), le spese possono essere compensate integralmente, con c.u. a carico della ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate come da motivazione.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente

Maria Barbara Cavallo, Consigliere, Estensore

Mariagiovanna Amorizzo, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Maria Barbara Cavallo

IL PRESIDENTE
Anna Pappalardo

IL SEGRETARIO