



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 per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1009 del 2023, proposto da

Impresa SIAB s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A000731011, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Ribaudò e Francesco Carità, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Giuseppe Ribaudò in Palermo, via Mariano Stabile 241;

contro

Provincia di Padova, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Voci e Patrizia Carbone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Provincia di Padova, Area gestione delle risorse - Ufficio gare e contratti, non costituito in giudizio;

nei confronti

ICA Consorzio Artigiani Associati, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

- del provvedimento adottato dalla s.a. Provincia di Padova con il quale è stata disposta l'esclusione della SIAB s.r.l. dalla procedura aperta telematica per lavori di realizzazione di "Nuova mensa scolastica Presso l'istituto San Benedetto Da Norcia (PD)" - Futura PNRR -

finanziato dall'Unione Europea *Nextgenerationeu*. CUP G98H22000080006 - CIG A000731011;

- della comunicazione esclusione *ex art. 90 comma 1, lett. d)*, del d.lgs. n. 36/2023 della SIAB s.r.l. dalla procedura aperta telematica per lavori di realizzazione di “*Nuova mensa scolastica presso l'istituto San Benedetto Da Norcia (PD)*” - Futura PNRR - finanziato dall'Unione Europea *Nextgenerationeu*. CUP G98H22000080006 - CIG A000731011, notificata a mezzo PEC il 31/08/2023;

- del verbale di gara n. 1 prot. n. 55193/2023 dalla procedura aperta telematica per lavori di realizzazione di “*Nuova mensa scolastica presso l'istituto San Benedetto Da Norcia (PD)*” - Futura PNRR - finanziato dall'Unione Europea *Nextgenerationeu*. CUP G98H22000080006 - CIG A000731011;

- della determina della Provincia di Padova n. 919 del 30/08/2023, di aggiudicazione dalla procedura aperta telematica per lavori di realizzazione di “*Nuova mensa scolastica presso l'istituto San Benedetto Da Norcia (PD)*” - Futura PNRR - finanziato dall'Unione Europea *Nextgenerationeu*. CUP G98H22000080006 - CIG A000731011 a favore del concorrente ICA Consorzio Artigiani Associati con sede legale in via Marotti n. 8, C.A.P. 36033 Isola Vicentina (VI), c.f. e p.i. 03353360245;

- dell'avviso di appalto aggiudicato prot. 55631 del 31.08.2023 dalla procedura aperta telematica per lavori di realizzazione di “*Nuova mensa scolastica presso l'istituto San Benedetto Da Norcia (PD)*” - Futura PNRR - finanziato dall'Unione Europea *Nextgenerationeu*. CUP G98H22000080006 - CIG A000731011 a favore del concorrente ICA Consorzio Artigiani Associati con sede legale in via Marotti n. 8, C.A.P. 36033 Isola Vicentina (VI), c.f. e p.i. 03353360245;

- della comunicazione esito della gara *ex art. 90 comma 1, lett. c)*, del d.lgs. n. 36/2023 dalla procedura aperta telematica per lavori di realizzazione di “*Nuova mensa scolastica presso l'istituto San Benedetto Da Norcia (PD)*” - Futura PNRR - finanziato dall'Unione Europea *Nextgenerationeu*. CUP G98H22000080006 - CIG A000731011 a favore del concorrente ICA Consorzio Artigiani Associati con sede legale in via Marotti n. 8, C.A.P. 36033 Isola Vicentina (VI), c.f. e p.i. 03353360245;

- di tutti i verbali di gara;

-ove occorra, della determinazione a contrarre, del bando e del disciplinare di gara della procedura aperta telematica per lavori di realizzazione di “*Nuova mensa scolastica presso l'istituto San Benedetto Da Norcia (PD)*” - Futura PNRR - finanziato dall'Unione Europea *Nextgenerationeu*. CUP G98H22000080006 - CIG A000731011;

- di ogni altro provvedimento presupposto, connesso e consequenziale;
e per il riconoscimento del diritto del ricorrente alla riammissione alla procedura di gara o comunque alla attivazione del soccorso istruttorio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Padova;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 ottobre 2023 il dott. Alberto Ramon 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 Provincia di Padova, con determinazione a contrarre n. 846 del 2 agosto 2023, ha indetto la gara per l'affidamento dell'appalto relativo ai “*lavori di realizzazione di «nuova mensa scolastica presso l'Istituto San Benedetto da Norcia (PD)» - Futura PNRR - finanziato dall'Unione Europea Nextgenerationeu. CUP G98H22000080006 - CIG A000731011*”. Trattasi di una procedura aperta disciplinata dall'art. 71 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, con previsione del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso ai sensi dell'art. 108 dello stesso d.lgs. n. 36 del 2023.

Con specifico riguardo al tema del contendere, il seggio di gara – in occasione della prima seduta pubblica, tenutasi il 29 agosto 2023, dopo aver acquisito le domande di partecipazione pervenute tramite la piattaforma informatica di *e-procurement* – ha aperto innanzitutto le buste telematiche contenenti le rispettive offerte economiche, avvalendosi della facoltà della c.d. inversione procedimentale prevista in sede di *lex specialis*. Quindi, verificata la regolarità formale delle stesse, ha ammesso tutti i sedici operatori economici alla successiva fase procedimentale, dedicata alla valutazione dei ribassi offerti da ciascun partecipante, escludendo poi, secondo l'automatismo stabilito dall'art. 54, comma 1, del d.lgs. n. 36 del 2023, le offerte anomale. Infine, ha aperto le buste con la documentazione amministrativa dimesse sia dal concorrente collocatosi primo nella graduatoria provvisoria, ossia SIAB s.r.l. (d'ora innanzi, solo SIAB), sia da quello successivo, ossia ICA Consorzio Artigiani Associati (d'ora innanzi, solo ICA).

In occasione della verifica della documentazione presentata da SIAB, il seggio di gara ha evidenziato molteplici irregolarità, tra cui la circostanza che il contratto di avvalimento recava la firma del solo legale rappresentante dell'impresa ausiliaria, Bellia Salvatore, senza

quindi alcuna sottoscrizione idonea a esprimere la volontà della concorrente. Sicché la stazione appaltante ha invitato il legale rappresentante di quest'ultima – sig. Paolo Bosco, che partecipava alla seduta da remoto – a regolarizzare le mancanze così rilevate mediante la procedura di soccorso istruttorio, ritenendo le stesse sanabili ai sensi dell'art. 101 del d.lgs. n. 36 del 2023. A tal fine, l'autorità di gara ha evidenziato la necessità che il contratto di avvalimento, come disposto dal disciplinare, *“risult[i] stipulato da ambo le parti, prima del termine di presentazione dell'offerta e che tale circostanza sia comprovabile con data certa”*.

In seguito, lo stesso emissario di SIAB – con nota trasmessa, nell'immediatezza della contestazione della carenza documentale, mediante il portale appalti e acquisita al protocollo provinciale con il n. 54727 del 2023 – ha anticipato la produzione di parte degli elementi oggetto di soccorso istruttorio, tra cui proprio il contratto di avvalimento, sottoscritto digitalmente sia dal legale rappresentante dell'impresa ausiliaria, sia da se medesimo, nella sua omologa qualità in relazione all'impresa ausiliata. Il deposito del testo del suddetto accordo è stato accompagnato dalla seguente dichiarazione, resa sempre dal sig. Bosco: *“[p]er quanto concerne il contratto di avvalimento, pur risultando veritiera la mancanza della firma digitale dell'O.E. SLAB s.r.l. (soggetto partecipante), si vuole ribadire che il medesimo contratto ha data certa sia per quanto riguarda la sottoscrizione da parte dell'impresa ausiliaria (Bellia Salvatore) ed inoltre si ritiene vada considerata come «data certa» la data (e l'ora) di invio, nonché la circostanza che il medesimo contratto sia stato trasmesso dall'operatore economico che, distrattamente, non ha provveduto alla firma digitale del medesimo documento, e ciò dovrebbe costituire prova certa che il documento di cui trattasi sia da ritenersi valido ad ogni effetto di legge”*.

Nondimeno, la stazione appaltante ha ritenuto che *“[d]all'esame del file contenente il contratto prodotto in sede di soccorso istruttorio, si evince che la firma digitale del legale rappresentante di SLAB SRL risulta apposta in data odierna 29.08.2023, e quindi successivamente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, in difformità a quanto espressamente stabilito alla Sezione 6 del disciplinare di gara la quale, recependo l'art. 101, comma 1, del D.Lgs. 36/2023, dispone che il «contratto di avvalimento ... è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte». Dalla lettura del testo del contratto, non si evincono elementi atti a dimostrare che il contratto sia stato stipulato da ambo le parti in data antecedente al termine della presentazione dell'offerta, a dimostrazione che tale documento possa risultare preesistente al termine di presentazione dell'offerta”*.

Inoltre, sempre con riferimento allo stesso accordo, il seggio di gara ha rilevato che esso *“non si riferisce ad un rapporto contrattuale nato esclusivamente per l'appalto”* in esame, *“ma risulta essere stipulato con condizioni di nolo di mezzi valevoli, come indicato nel contratto stesso, solo «in caso di*

aggiudicazione dell'appalto oggetto del presente contratto se indetto dalla regione Sicilia». Tale dicitura non trova riconducibilità per noli di mezzi per l'esecuzione dei lavori oggetto della presente gara indetta dalla Provincia di Padova».

In conseguenza di ciò, l'autorità procedente ha escluso SIAB dalla gara, senza dare corso al soccorso istruttorio per le rimanenti irregolarità riscontrate nell'offerta della stessa. Per l'effetto, ha proposto di aggiudicare l'appalto a ICA in forza dello scorrimento della graduatoria, stante la regolarità della documentazione amministrativa da essa presentata. Proposta a cui è seguita la conforme aggiudicazione definitiva da parte della Provincia di Padova, assunta con determina n. 919 del 30 agosto 2023.

2. Avverso i suddetti provvedimenti – ossia l'esclusione dalla gara di SIAB e la successiva aggiudicazione a ICA – è insorta la prima società, avanzando due motivi di ricorso:

I) *“Violazione e falsa applicazione artt. 101 e 104 del decreto legislativo n. 36/2023 - Violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara – Eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento della causa tipica - arbitrarietà manifesta - violazione principio del 'favor participationis' - difetto assoluto di motivazione”.*

La ricorrente sarebbe stata estromessa in forza di una illegittima applicazione dell'art. 101 del d.lgs. n. 36 del 2023 e del disciplinare di gara, nella parte in cui prevedono che l'assoluta *“mancata presentazione”* del contratto di avvalimento sia sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore: evenienza, questa, che non si sarebbe verificata nel caso di specie, posto che la concorrente non ha omesso di allegare il contratto in discussione alla propria offerta. Anzi, entro il termine di scadenza, SIAB avrebbe provveduto ad allegare, nel plico elettronico caricato nella piattaforma di approvvigionamento, sia l'accordo sottoscritto dall'impresa ausiliaria, sia la dichiarazione di quest'ultima, nonché la dichiarazione della stessa partecipante, inclusa nel proprio D.G.U.E., ad avvalersi dell'impresa Bellia Salvatore per la categoria OG1 classifica IV *bis*. Da ciò deriverebbe che la mancata sottoscrizione del contratto di avvalimento da parte dell'odierna ricorrente, *“per mera distrazione”*, non avrebbe effetto escludente, dato che il medesimo accordo si era già perfezionato al momento di presentazione dell'offerta alla quale è stato accluso. Ad ogni modo, l'allegazione del relativo documento in sede di partecipazione alla gara integrerebbe un comportamento concludente, idoneo a manifestare la volontà della stessa SIAB *“di aderire a quella contrattazione approvando gli effetti del contratto già prima della scadenza del termine della presentazione delle offerte”*.

II) *“Violazione e falsa applicazione artt. 104 del decreto legislativo n. 36/2023 – Eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento della causa tipica - arbitrarietà manifesta - violazione principio del favor*

participationis' - difetto assoluto di motivazione".

Il provvedimento di esclusione sarebbe illegittimo anche nella parte in cui ritiene che il contratto di avvalimento non sia riconducibile all'instaurando rapporto contrattuale con la stazione appaltante, avendo ad oggetto il nolo di mezzi relativo a un appalto di lavori da stipularsi con la Regione Sicilia. Nella diversa prospettazione della ricorrente, invece, le disposizioni di cui si compone l'accordo, se interpretate alla luce del criterio sistematico, renderebbero evidente che lo stesso sia stato concluso in via esclusiva per i lavori da eseguire nell'interesse della Provincia di Padova. In specie, la clausola valorizzata dall'Amministrazione sarebbe un mero refuso, quindi dovrebbe ritenersi inapplicabile, senza alcuna compromissione della validità o efficacia dell'intero contratto di avvalimento, in quanto conforme – nelle rimanenti parti – all'art. 104 del d.lgs. n. 36 del 2023 e alla *lex specialis*.

3. Si è costituita in giudizio la Provincia di Padova, replicando nel merito alle censure proposte e concludendo per la reiezione del ricorso.

3.1 Chiamata infine alla camera di consiglio dell'11 ottobre 2023 – fissata per la trattazione della domanda cautelare proposta dalla ricorrente volta a sospendere l'esecutività dei provvedimenti impugnati –, la causa è stata trattenuta in decisione ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.: eventualità di cui è stato dato rituale avviso nel corso della stessa udienza, come attestato nel relativo verbale.

4. Preliminarmente, devono essere valutate le conseguenze dell'omessa notifica del ricorso alle Amministrazioni centrali titolari dello specifico intervento previsto dal P.N.R.R..

Come noto, l'art. 12-*bis*, comma 4, del d.l. 16 giugno 2022, n. 68, convertito nella l. 5 agosto 2022, n. 108, dapprima qualifica dette Amministrazioni come "*parti necessarie dei giudizi disciplinati dal presente articolo*", dipoi specifica che "*si applica l'articolo 49 del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104*".

In tal modo, come specificato dalla giurisprudenza, "*si è venuta a delineare, con esclusivo riferimento al rito soggetto alle regole del PNRR, una nuova figura processuale atipica qualificata dal legislatore come necessaria, a cui è tuttavia possibile estendere il contraddittorio anche in via postuma*" (cfr. T.A.R. Veneto, Sez. IV, 7 luglio 2023, n. 1008). In altra prospettiva, aderente alle tradizionali tassonomie del diritto processuale, le richiamate Amministrazioni centrali non sono sussumibili nella categoria di parte resistente, non avendo adottato alcun atto gravato, bensì in quella di controinteressato, in quanto le stesse hanno interesse immediato alla conservazione degli atti impugnati, in vista dell'interesse finale alla corretta gestione dei fondi europei da parte delle singole stazioni appaltanti (cfr., in senso analogo, T.A.R. Sicilia,

Catania, Sez. III, 26 giugno 2023, n. 1993). Pertanto, la loro mancata evocazione in giudizio non porta all'inammissibilità del ricorso.

Ciò premesso, il Collegio ritiene di trattenere la causa in decisione nonostante la mancanza di integrità del contraddittorio, in forza del richiamo operato dal succitato comma 4 dell'art. 12-*bis* all'art. 49 cod. proc. amm.: richiamo che deve intendersi riferito anche al comma 2, il quale dispone che *“l'integrazione del contraddittorio non è ordinata nel caso in cui il ricorso sia manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondato; in tali casi il collegio provvede con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'articolo 74”*.

Nel caso in esame il ricorso si appalesa come manifestamente infondato, sicché il Collegio, tenuto conto anche delle finalità acceleratorie sottese al rito speciale avente ad oggetto gli interventi finanziati dal P.N.R.R., ritiene di poter definire fin da subito il giudizio, prescindendo quindi dall'integrazione del contraddittorio.

5. Nel merito, il primo motivo di ricorso è infondato.

Innanzitutto, deve precisarsi che l'art. 104, comma 1, del d.lgs. n. 36 del 2023 chiarisce che *“il contratto di avalimento è concluso in forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico”*, stabilendo, al comma 4, che *“l'operatore economico allega alla domanda di partecipazione il contratto di avalimento in originale o copia autentica, specificando se intende avvalersi delle risorse altrui per acquisire un requisito di partecipazione o per migliorare la propria offerta”*.

In ipotesi di mancata presentazione del succitato contratto in sede di offerta, l'art. 101, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 36 del 2023, impone l'attivazione del soccorso istruttorio, precisando che detta lacuna *“è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte”*.

È conforme alla riportata normativa di rango primario la *lex specialis* relativa alla procedura oggetto del presente giudizio. Segnatamente, il disciplinare di gara, alla Sezione 2 intitolata *“Condizioni di partecipazione”*, nel punto rubricato *“Avalimento”*, prevede che *“il concorrente allega alla domanda di partecipazione il contratto di avalimento, 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 avalimento a condizione che il contratto sia stato stipulato prima del termine di presentazione dell'offerta e che tale circostanza sia comprovabile con data certa”*. Successivamente, alla Sezione 6 intitolata *“Cause di esclusione e soccorso istruttorio”*, stabilisce che *“la mancata produzione del contratto di avalimento [...] può essere oggetto di soccorso istruttorio solo se i citati documenti sono preesistenti e comprovabili con data certa anteriore al termine di presentazione dell'offerta”*.

Così chiarito il contesto normativo, non è condivisibile l'argomento avanzato dalla ricorrente per il quale l'art. 101, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 36 del 2023 imporrebbe di sanare la lacuna "*mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte*" solo nello specifico caso in cui detto accordo manchi del tutto, e quindi il relativo testo non sia portato alla conoscenza della stazione appaltante entro il termine di adesione alla gara, rimanendo pertanto esclusa dal suo campo di applicazione l'ipotesi in cui il contratto sia stato allegato dalla concorrente alla propria offerta privo della sua sottoscrizione.

In realtà, la richiamata disposizione – che disciplina il soccorso istruttorio c.d. integrativo o completivo – consente che l'omessa allegazione del contratto di avvalimento sia colmabile attraverso la produzione del relativo accordo alla condizione che quest'ultimo sia stato concluso, vale a dire sottoscritto da entrambe le parti, prima del termine finale per aderire alla procedura selettiva. Rende soccorribile, pertanto, l'omessa allegazione di un documento in precedenza formatosi, ossia il contratto già perfezionatosi, e non invece l'originaria carenza sostanziale dell'atto necessario per la partecipazione alla procedura selettiva.

Ebbene, nell'ambito del soccorso istruttorio attivato dalla stazione appaltante, l'odierna ricorrente ha inteso sanare la lacuna costituita dall'omessa allegazione del contratto di avvalimento mediante la presentazione di un documento che reca la sola sottoscrizione dell'impresa ausiliaria. Come tale, non integra un contratto, dal momento che non è stato osservato il requisito – previsto a pena di nullità dall'art. 104 del d.lgs. n. 36 del 2023 – della forma scritta *ad substantiam*. In assenza della firma di una delle parti, infatti, il documento può al più valere come mera proposta. Ciò discende dai principi generali del diritto civile, per i quali, quando la forma scritta è stabilita a pena di nullità, è necessario che il documento contrattuale sia sottoscritto da entrambi i contraenti: tale doppia sottoscrizione costituisce un elemento essenziale della scrittura privata, che è a sua volta la variante minima della forma scritta.

Deve peraltro osservarsi che la produzione di un documento privo di una sottoscrizione non consente di individuare con certezza la data in cui è stato formato e, quindi, di verificare che il contratto sia stato stipulato entro il termine per partecipare alla gara.

Non si può neppure ritenere, come vorrebbe la ricorrente, che la produzione del citato documento in sede di offerta sia una manifestazione tacita di volontà, per fatti concludenti, di adesione al regolamento contrattuale.

A tal proposito, deve rammentarsi che l'art. 104, comma 1, del d.lgs. n. 36 del 2023 prevede, in modo incontestabile, che il contratto di avvalimento debba essere stipulato prima della

scadenza del termine di presentazione delle offerte, tanto da stabilire che lo stesso vada prodotto unitamente alla domanda di partecipazione.

Ciò si traduce – essendo stabilito *ex lege* il requisito della forma scritta *ad substantiam* – nella necessità che lo scambio di consenso delle parti, entro il suddetto termine, sia manifestato mediante la sottoscrizione del testo contrattuale, che può avvenire anche digitalmente purché con marcatura temporale.

Quindi, il deposito del testo contrattuale da parte dell'impresa concorrente con la sola firma della impresa ausiliaria può avere l'effetto, a valle, di confermare il regolamento contrattuale solo in presenza, a monte, di un contratto già perfetto di tutti i suoi elementi, ivi compresa la forma scritta prevista a pena di invalidità. Più precisamente, l'allegazione del contratto con la sola sottoscrizione della controparte può essere valutata, e così acquisire valore probatorio, al solo fine della dimostrazione dell'avvenuta stipula dell'accordo nella forma imposta dalla legge, ma non riveste alcuna rilevanza in merito alla sua validità. Infatti, un contratto che richiede la forma scritta *ad substantiam* può semmai essere confermato da un comportamento concludente della parte, senza che quest'ultimo possa sostituire o integrare un requisito di validità della stessa pattuizione.

Merita pertanto condivisione il precedente giurisprudenziale – peraltro menzionato dalla stessa ricorrente, seppur in modo parziale – secondo il quale, data la natura formale del contratto di avvalimento, “[p]uò ammettersi [...] la non simultaneità della sottoscrizione, dovendosi però sempre accertare che la data della seconda sottoscrizione sia anteriore al termine di presentazione delle offerte” (cfr. T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 15 febbraio 2022, n. 170).

Quanto sin qui esposto non risulta sconfessato dalla decisione del Consiglio di Stato, Sez. V, 21 maggio 2020, n. 3209, che la ricorrente invoca a più riprese a proprio vantaggio: detta pronuncia non esplora i profili di validità del contratto di avvalimento, né mette in dubbio che lo stesso debba essere stipulato per iscritto entro il termine finale per l'adesione alla gara, bensì indaga proprio “*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*”.

Del resto, la vicenda sottesa alla richiamata decisione diverge sensibilmente da quella oggetto della presente controversia, dato che nella prima la sottoscrizione del contratto di avvalimento 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 caso in discussione, invece, è certo che lo scambio dei consensi non si sia realizzato prima del deposito della copia contrattuale in gara, essendo riconducibile soltanto all'apposizione della seconda firma da parte del legale rappresentante dell'impresa concorrente, avvenuta oltre il termine di presentazione delle offerte. In specie, questa seconda firma digitale è stata rilasciata in seguito all'avviso di soccorso istruttorio, dato dalla stazione appaltante a seguito dell'apertura della busta contenente la documentazione amministrativa.

D'altra parte, la stessa ricorrente ha ammesso, nel proprio gravame, che *“manca la sottoscrizione del contratto di avvalimento da parte della impresa ausiliata, in data antecedente a quello del termine per la presentazione [delle offerte]”*, il che sarebbe imputabile a *“una mera distrazione”*. Quindi, se nel caso deciso da Cons. Stato, Sez. V, 21 maggio 2020, n. 3209, la *“mera svista”* compiuta dall'impresa concorrente riguarda un fatto esterno al contratto di avvalimento, ossia il momento della sua allegazione in gara (là dove è stata prodotta la copia priva di una sottoscrizione anziché quella perfetta di tutti i suoi elementi), nel caso ora in esame l'errore dell'impresa ausiliata concerne un elemento essenziale per il perfezionamento dell'accordo, che non è quindi venuto ad esistenza prima dell'apposizione della seconda sottoscrizione.

Comunque, al fine di fornire la prova del perfezionamento del contratto di avvalimento prima della scadenza dei termini di partecipazione alla gara, non sembra rilevante il richiamo – invero contenuto nella stessa decisione del Consiglio di Stato, più volte citata – all'indirizzo giurisprudenziale della Corte di Cassazione 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”*.

Questa esegesi pretoria – avallata dalle Sezioni Unite con la sentenza del 16 gennaio 2018, n. 898 – si è sviluppata, pressoché in via esclusiva, in relazione al contratto di intermediazione finanziaria firmato dal solo investitore, con l'effetto di ritenere non necessaria la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso viene desunto alla stregua di comportamenti concludenti.

Ebbene, proprio le Sezioni Unite osservano che la validità del c.d. contratto monofirma è ammissibile soltanto nel settore speciale dei contratti finanziari (e, segnatamente, rispetto al contratto quadro di investimento), posto che la nullità per difetto di forma prevista dall'art. 23 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (c.d. T.U.F) “è posta nell'interesse del cliente [...] considerandosi che è l'investitore che abbisogna di conoscere e di potere all'occorrenza verificare nel corso del rapporto il rispetto delle modalità di esecuzione e le regole che riguardano la vigenza del contratto, che è proprio dello specifico settore del mercato finanziario”. Da questa constatazione, le Sezioni Unite concludono che il “vincolo della forma imposto dal legislatore (tra l'altro composito, in quanto vi rientra, per specifico disposto normativo, anche la consegna del documento contrattuale), nell'ambito di quello che è stato definito come neoformalismo o formalismo negoziale, va inteso infatti secondo quella che è la funzione propria della norma e non automaticamente richiamando la disciplina generale sulla nullità”.

Tale interpretazione, a ben vedere, esclude che l'art. 23 del T.U.F. richieda una forma scritta *ad substantiam*, e per questa ragione la mancanza della sottoscrizione di una delle parti (*rectius*, del solo intermediario) non comporta l'applicazione della sanzione della nullità disposta dalla norma in questione.

In conclusione, dalla stessa motivazione della sentenza che consacra la rilevanza del c.d. contratto monofirma – configurando la forma scritta come un requisito funzionale del contratto, volto a soddisfare l'interesse tutelato dall'art. 23 del T.U.F. –, si evince con chiarezza che questo concetto giuridico, di matrice pretoria, non è esportabile, come invece vorrebbe la ricorrente, al di fuori del settore speciale dell'intermediazione finanziaria, ove soltanto opera la prescrizione di forma succitata.

6. L'infondatezza della prima censura comporta l'assorbimento del secondo motivo di ricorso. Quest'ultimo, difatti, è interamente incentrato sul contenuto di quello stesso contratto di avalimento che, come sopra visto, non è stato concluso dall'odierna ricorrente entro il termine di presentazione delle offerte, con conseguente legittima esclusione della concorrente dalla gara per mancanza di un requisito di partecipazione.

7. In definitiva, il ricorso deve essere respinto.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese del giudizio, tenuto conto della complessità della questione esaminata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 11 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Nicola Bardino, Primo Referendario

Alberto Ramon, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Alberto Ramon

IL PRESIDENTE

Maddalena Filippi

IL SEGRETARIO