



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 5975 del 2021, proposto da (Omissis) s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato F. L., con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

contro

(Omissis) s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati G. R. e E. C., con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;
Unione dei Comuni del (Omissis), non costituiti in giudizio;

nei confronti

(Omissis) s.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria (Sezione Prima) n. 00951/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della (Omissis) s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 maggio 2022 il Cons. Federico Di Matteo e udito per la parte l'avvocato F. L.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La C.u.c. – centrale unica di committenza – Unione dei comuni del (Omissis) indiceva una procedura di gara, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del contratto di appalto integrato avente ad oggetto "*i lavori di demolizione della scuola della Scuola media V. Bachelet e ricostruzione del nuovo plesso scolastico*" nel Comune di (Omissis); il termine per la presentazione delle offerte era fissato al 21 gennaio 2021.

1.1. Tra i requisiti tecnico – professionali per la partecipazione alla procedura di gara, il disciplinare richiedeva il possesso di attestazione SOA nella categoria OS 24.

Presentava domanda di partecipazione il r.t.i. – raggruppamento temporaneo di imprese con mandataria (Omissis) s.r.l. e mandante (Omissis) s.r.l. che, nel DGUE – documento di gara unico europeo, trasmesso alla stazione appaltante, dichiarava di volersi avvalere della (Omissis) s.r.l. per acquisire il requisito di partecipazione mancante costituito proprio dall'attestazione SOA OS 24.

1.2. La commissione giudicatrice, con verbale del 27 gennaio 2021, rilevava la mancata allegazione del contratto di avvalimento alla domanda di partecipazione di (Omissis) s.r.l., essendo stata trasmessa la sola dichiarazione dell'ausiliaria di "*obbligarsi verso l'impresa concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione, per tutta la durata del contratto, le seguenti risorse di*

cui è carente il concorrente: Attestazione SOA Categoria OS24 Classifica I"; la commissione ammetteva, pertanto, il concorrente al soccorso istruttorio, domandando nel termine di 10 giorni *"la trasmissione del [contratto di avvalimento, n.d.s.] a condizione che il contratto sia preesistente e comprovabile con documenti di data certa e anteriore al termine di presentazione dell'offerta"*.

Con verbale del 4 febbraio 2021 la commissione, dato atto di aver ricevuto nei termini la documentazione richiesta in sede di soccorso istruttorio, ammetteva il r.t.i. (Omissis) alla procedura ritenendo la documentazione conforme alle richieste.

La commissione terminava i suoi lavori formulando proposta di aggiudicazione del contratto al r.t.i. (Omissis).

1.3. Con istanza del 17 febbraio 2021, (Omissis) s.r.l., seconda graduata della procedura di gara, sollecitava la stazione appaltante a rivedere la decisione di ammissione dell'aggiudicataria per assenza di prova della stipulazione del contratto di avvalimento in data certa antecedente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte; con nota del 1° marzo 2021, la C.u.c. confermava la sua decisione perché *"prima della scadenza dei 10 giorni assegnati, la ditta (Omissis) (impresa Ausiliata) ha inviato il contratto di avvalimento redatto in data 13.01.2021 e sottoscritto digitalmente in pari data dall'impresa Ausiliaria ed in data 29.01.2021 dall'impresa Ausiliaria a seguito del soccorso istruttorio"*.

Seguiva il provvedimento del 15 marzo 2021, n. 16, di aggiudicazione definitiva del contratto di appalto al r.t.i. (Omissis) s.r.l.; decisione confermata in altra nota del 29 marzo 2021, adottata in seguito ad ulteriore sollecitazione della (Omissis) s.r.l.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, (Omissis) s.r.l. impugnava il provvedimento di aggiudicazione definitiva sulla base di un unico articolato motivo con il quale lamentava la violazione degli artt. 59, comma 4, lett. b) e 94 del codice dei contratti pubblici (oltre che degli artt. 3.2, 3.5 e 9.2. del disciplinare di gara) e l'eccesso di potere per aver la stazione appaltante ammesso la controinteressata in gara sebbene, in seguito al soccorso istruttorio, avesse prodotto un contratto di avvalimento sottoscritto dall'impresa ausiliaria il 29 gennaio 2021, quando era già scaduto il termine per la presentazione delle offerte; la carenza di un valido contratto di avvalimento, sottoscritto prima della presentazione delle offerte, avrebbe dovuto comportare l'esclusione del r.t.i. (Omissis) dalla procedura per carenza del requisito tecnico professionale richiesto dal disciplinare di gara (non essendo la volontà di ricorrere all'avvalimento sufficiente in assenza di valido contratto di avvalimento sottoscritto dalle parti interessate).

2.1. Nella resistenza di (Omissis) s.r.l., il giudice di primo grado, con la sentenza della prima sezione, 11 maggio 2021, n. 951, in accoglimento del ricorso proposto, annullava il provvedimento di aggiudicazione e dichiarava l'inefficacia del contratto *"ove stipulato"*.

Il tribunale:

- premetteva che, siccome il possesso dei requisiti di partecipazione deve sussistere senza soluzione di continuità dalla scadenza del termine di presentazione delle offerte e sino al provvedimento di aggiudicazione, qualora il concorrente decida di ricorrere all'avvalimento, deve presentare il contratto unitamente alla domanda di partecipazione e qualora lo produca su richiesta dell'amministrazione avanzata in sede di soccorso istruttorio, si pone il problema di dimostrare che sia stato stipulato prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte;

- precisava che, nella vicenda *de qua*, il contratto di avvalimento risultava sottoscritto dall'avvalente il 13 gennaio 2021, e dall'ausiliaria il 29 gennaio 2021, onde occorreva accertare se la prima sottoscrizione potesse essere qualificata come proposta di avvalimento che abbia trovato accettazione in forma scritta nella dichiarazione di avvalimento presentata dalla (Omissis) s.r.l. alla stazione appaltante e depositata unitamente alla domanda di partecipazione, secondo le previsioni del codice civile di contrattazione tra persone distanti (art. 1326 cod. civ.);

- riteneva, però, di escludere tale conclusione in quanto, sebbene con la dichiarazione di avvalimento l'ausiliaria avesse assunto le obbligazioni non solo in favore dell'appaltante ma anche nei confronti dell'ausiliata *"con dichiarazione che, per obbligazioni assunte e durata dell'impegno, è pienamente"*

conforme alle previsioni del contratto”, era mancata l’accettazione anche dell’elemento essenziale del “corrispettivo”;

- concludeva, pertanto, nel senso che non potesse dirsi dimostrato l’accordo di avvalimento con data certa anteriore alla scadenza delle offerte e conseguentemente il requisito in capo all’aggiudicataria.

3. Propone appello (Omissis) s.r.l.; si è costituito (Omissis) s.r.l., la C.u.c. – Unione dei comuni del (Omissis) e il Comune di (Omissis), pur regolarmente intimati, non si sono costituiti.

Le parti hanno depositato memorie *ex art. 73*, comma 1, cod. proc. amm., cui sono seguite rituali repliche.

All’udienza del 5 maggio 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. L’appellante censura la sentenza di primo grado per “*Errata valutazione dei motivi spesi nel ricorso della (Omissis): erroneità della sentenza in relazione al rapporto di avvalimento e della sua dimostrazione, anche in relazione al contenuto del contratto. Della violazione e falsa applicazione degli artt. 83, comma 9, 89 D.Lgs. 50/2016 e della lex specialis*”; a suo dire il ragionamento svolto in sentenza – secondo cui il complesso dei documenti prodotti in sede di presentazione della domanda di partecipazione erano univoci e idonei a far ritenere intervenuto già a quella data il rapporto di avvalimento – avrebbe dovuto portare a dire validamente concluso il contratto di avvalimento in tutte le sue parti prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, anche in relazione all’elemento dell’onerosità dell’offerta; aver detto, invece, manchevole l’accordo per assenza dell’elemento della corrispettività, renderebbe contraddittorio il percorso logico seguito dal giudice. D’altronde, continua l’appellante, le dichiarazioni rese dalla (Omissis), e trasmesse tempestivamente alla stazione appaltante, contenevano richiamo espresso al contratto di avvalimento, con conferma dell’impegno assunto, nei confronti della stazione appaltante come della (Omissis), nei termini e nei modi ivi dedotti; il giudice, pertanto, avrebbe dovuto considerare il documento contrattuale anche al fine dell’elemento del corrispettivo, ivi espressamente previsto.

1.1. Con secondo motivo di appello (Omissis) lamenta “*Violazione dell’art. 1326 c.c. – violazione del bando di gara e del disciplinare. Eccesso di potere per sviamento, travisamento, illogicità ed ingiustizia manifesta, nonché per erronea presupposizione di fatto e di diritto*”; afferma l’appellante che, a prescindere dalla contraddittorietà censurata nel primo motivo, vi sarebbe altra ragione per dichiarare inammissibile o improcedibile il ricorso introduttivo del giudizio non colta in primo grado: se la stazione appaltante ha ammesso la concorrente al soccorso istruttorio è per aver già individuato una manifestazione di accettazione da parte dell’ausiliaria e detta determinazione della stazione appaltante non è stata oggetto di espresso motivo di impugnazione, avendo la ricorrente fatto acquiescenza alla fase di procedimento del soccorso istruttorio.

2. Preliminarmente va respinta l’eccezione di inammissibilità/improcedibilità dell’appello formulata da (Omissis) s.r.l. nella memoria depositata in vista della camera di consiglio fissata per la decisione sull’istanza cautelare proposta dall’appellante.

2.1. Con detta eccezione si sostiene l’inammissibilità/improcedibilità dell’appello per sopravvenuta carenza di interesse conseguente alla mancata impugnazione nei termini di legge del provvedimento di aggiudicazione adottato dalla C.u.c. successivamente alla sentenza di primo grado; a parere dell’appellata tale provvedimento non sarebbe atto esecutivo della sentenza, ma esplicazione di una potestà amministrativa il cui esercizio non era vincolato dalla sentenza.

2.2. L’eccezione è infondata in quanto il provvedimento di aggiudicazione ad (Omissis) s.r.l. è stato assunto dalla C.u.c. come conseguenza dell’annullamento della prima aggiudicazione a favore di (Omissis) s.r.l. e della sua esclusione dalla procedura di gara (e declaratoria di inefficacia del contratto stipulato), mediante scorrimento della graduatoria a favore della seconda graduata (come è dato evincere dal provvedimento di aggiudicazione del 19 maggio 2021, n. 36).

L'aggiudicazione per mero scorrimento della graduatoria in seguito all'esclusione della prima graduata (anche per provvedimento giurisdizionale) esclude il rinnovato esercizio del potere, il quale richiederebbe la riapertura dell'istruttoria sulle offerte e la rinnovata valutazione di queste.

Il nuovo provvedimento di aggiudicazione, dunque, è destinata ad essere caducato automaticamente in conseguenza dell'eventuale accoglimento dell'appello che accerti la legittimità dell'originaria aggiudicazione in forza del c.d. effetto espansivo esterno della sentenza di cui all'art. 336, comma 2, cod. proc. civ. (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2022, n. 3495; V, 20 febbraio 2022, n. 365; V, 15 dicembre 2021, n. 8358; VI, 13 ottobre 2021, n. 6891; V, 2 aprile 2020, n. 2214; 1; V 20 giugno 2019, n. 4198; V, 10 giugno 2019, n. 3881; Adunanza plenaria, 12 maggio 2017, n. 2; per un caso in cui l'aggiudicazione è avvenuta in esito a rinnovata valutazione di congruità dell'offerta, e conseguente inapplicabilità dell'effetto espansivo esterno, cfr. Cons. Stato, sez. V, 1° febbraio 2022, n. 696).

3. I motivi dell'appello sono fondati.

3.1. Si discute nel presente giudizio dell'avvenuta stipulazione del contratto di avvalimento tra (Omissis) s.r.l. e (Omissis) s.r.l. prima della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta. Il giudice di primo grado ha escluso che il contratto di avvalimento fosse stato concluso prima di quella data poiché ha ritenuto che l'accordo tra le due parti si fosse formato su tutti gli elementi del contratto, ad eccezione del "corrispettivo", reputato elemento essenziale di un contratto di avvalimento.

3.2. Ritiene il Collegio, invece, che il contratto di avvalimento sia stato validamente concluso alla data del 13 gennaio 2021, e dunque prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande e che dunque correttamente la stazione appaltante abbia ammesso (Omissis) s.r.l. alle fasi successive della procedura di gara.

3.3. I contratti tra privati possono essere stipulati anche a distanza: anche qualora sia richiesta la forma scritta *ad substantiam*, non è necessaria la redazione di un unico documento sottoscritto da entrambe le parti (cfr. Cass. civ., sez. I, 24 aprile 2016, n. 5919; III, 25 agosto 2014, n. 18185).

Ai sensi dell'art. 1326 (Conclusione del contratto), comma 1, cod. civ.: "*Il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte*".

Come noto, la proposta costituisce una dichiarazione recettizia che prefigura il regolamento contrattuale con il quale è destinata ad identificarsi in seguito all'accettazione dell'oblato; essa deve contenere la completa formulazione del regolamento negoziale, attraverso la predisposizione di corrispettivi vincolanti ai fini dell'esecuzione delle prestazioni, in modo tale da richiedere la pura e semplice accettazione dell'altro contraente, senza ulteriori integrazioni (cfr. Cass. civ., sez. VI – 1, 20 settembre 2012, n. 15856). Deve trattarsi, cioè, di uno schema contrattuale completo.

L'oblato che riceve detta proposta ha la possibilità di accettare o rifiutare; anche l'accettazione è una dichiarazione di volontà e produce l'effetto della conclusione del contratto solamente se conforme alla proposta, in quanto, ai sensi dell'art. 1326, comma 5, cod. civ., "*Un'accettazione non conforme alla proposta equivale a nuova proposta*".

La proposta e l'accettazione devono essere effettuate nella forma richiesta per la stipulazione del contratto in cui l'una e l'altra si fondono.

3.4. Nella vicenda *de qua*, come rilevato dal giudice di primo grado, è dato rintracciare la proposta di conclusione del contratto di avvalimento nel (lo schema di) contratto che, come è pacifico in atti, fu redatto e sottoscritto digitalmente il 13 gennaio 2021 da (Omissis) s.r.l. e inviato a (Omissis) s.r.l. e l'accettazione di quest'ultima nel documento denominato "*Dichiarazione di avvalimento di impresa ausiliaria (art. 89 D.Lgs. 50/2016)*", datato anch'esso 13 gennaio 2021, trasmesso alla prima e rimesso alla stazione appaltante con la documentazione integrante la domanda di partecipazione alla procedura di gara.

Nello schema di contratto era individuato anche il corrispettivo dovuto per il prestito delle risorse.

3.5. Nella sua dichiarazione (Omissis) s.r.l. assumeva il suo impegno non solo nei confronti della stazione appaltante – come doveroso in caso di dichiarazione dell'impresa ausiliaria ai sensi dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 – ma anche nei confronti dell'avvalente.

Si legge, infatti, al punto 6) l'impegno "di obbligarsi verso l'impresa concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione, per tutta la durata del contratto, le seguenti risorse di cui è carente il concorrente..." (risorse poi espressamente indicate in conformità all'oggetto del contratto di avvalimento).

Non v'è dubbio, pertanto, che la dichiarazione di (Omissis) s.r.l. fosse rivolta anche all'avvalente e non solo alla stazione appaltante.

3.6. Il giudice di primo grado ha ritenuto, però, che l'accettazione non valesse a concludere il contratto di avvalimento perché (Omissis) s.r.l. non aveva dichiarato di accettare il corrispettivo previsto nello schema di contratto che le era stato trasmesso (ovvero, perché non v'era alcun riferimento al corrispettivo nella dichiarazione di avvalimento).

Si tratta di argomento che non può essere condiviso: (Omissis) non era tenuta a dichiarare la sua volontà di accettare anche la clausola del contratto di avvalimento in cui era fissato il corrispettivo per l'impegno assunto.

La dichiarazione dell'oblato vale come accettazione se in essa è manifestata la volontà di aderire all'altrui proposta, e solo se contiene modifiche al regolamento contrattuale vale come nuova proposta (cfr. in generale sulla natura di proposta e accettazione, Cass. civ., sez. III, 28 gennaio 2014, n. 1770). Il suo contenuto, pertanto, può limitarsi all'approvazione della proposta ricevuta.

Non è richiesta una particolare formula, poiché l'accettazione può essere desunta anche implicitamente da qualsiasi dichiarazione, senza che sia necessaria una espressa manifestazione (ed anche da un comportamento concludente, cfr. Cass. civ., sez. 6 – 3, 28 gennaio 2022, n. 2666, sez. 2, 22 gennaio 2018, n. 1525, secondo cui vale come accettazione anche la produzione in giudizio, ad opera della parte che non l'ha sottoscritta, di una scrittura privata).

La dichiarazione di (Omissis) s.r.l. (di volersi impegnare nei confronti dell'avvalente) era chiara manifestazione della volontà di accettare integralmente il contenuto del contratto di avvalimento che le era stato sottoposto dalla (Omissis); diversamente, avrebbe dichiarato il proprio interesse ad una diversa regolamentazione del loro rapporto.

Con la sua dichiarazione, pertanto, (Omissis) s.r.l. ha accettato anche il corrispettivo così come previsto dal (lo schema di) contratto di avvalimento che le era stato sottoposto (cfr. per caso analogo Cass. civ., sez. 1, 19 gennaio 2017, n. 1332, in cui si afferma che l'accettazione di una proposta contrattuale, nel caso di specie di compravendita, è idonea al perfezionamento del contratto, se il prezzo sia contenuto in detta proposta, ma finanche "sia determinabile alla stregua di criteri, riferimenti o parametri precostituiti, così che la sua successiva concreta quantificazione sia ricollegabile ad un'attività delle parti di tipo meramente attuativo e ricognitivo").

3.7. In conclusione, alla luce delle circostanze emergenti dai documenti versati in atti, il contratto di avvalimento tra (Omissis) s.r.l. ed (Omissis) s.r.l. può ritenersi validamente concluso il 13 gennaio 2021, prima, dunque, della scadenza del termine per la presentazione delle domande, e la firma apposta da (Omissis) s.r.l. sul documento già firmato a quella data dall'avvalente rappresenta mera ripetizione in altra forma dell'accettazione già precedentemente dichiarata.

3.8. Le considerazioni in precedenza svolte esauriscono il *thema decidendum*, poiché i motivi del ricorso di primo grado riproposti ex art. 101, comma 2, cod. proc. amm. da (Omissis) s.r.l. con la memoria di costituzione non contengono ulteriori questioni rilevanti ai fini della decisione.

Rispetto ad essi, in ogni caso, va precisato, ad ulteriore integrazione di quanto già esposto, che la stazione appaltante, accertata la mancata trasmissione del contratto di avvalimento con la domanda di partecipazione alla gara, ha correttamente attivato il soccorso istruttorio (previsto espressamente dal disciplinare di gara al punto 3.5. e, comunque, ammessa dalla giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 2020, n. 3209) e che corretta è stata la decisione di ammettere (Omissis) s.r.l. in gara esaminata la documentazione acquisita.

Quanto, infine, all'assenza di marcatura temporale nella documentazione trasmessa alla stazione appaltante, è ben vero che nel caso di soccorso istruttorio avente ad oggetto il contratto di avvalimento, si pone il problema di dimostrare, *a posteriori*, che il contratto sia stato, in realtà, stipulato prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte; tuttavia, come già affermato

in precedente della Sezione (la sentenza del 21 maggio 2020, n. 3209), la presenza di una medesima data di sottoscrizione (anche digitalmente) dei documenti nei quali era contenuta la proposta (lo schema di contratto di avvalimento) e l'accettazione (la dichiarazione di avvalimento di impresa ausiliari), il 13 gennaio 2021, rileva, ai sensi dell'art. 2704 cod. civ. quale fatto idoneo a dimostrare l'anteriorità della stipulazione rispetto alla scadenza del termine di presentazione delle offerte.

3.9. L'appello della (Omissis) s.r.l. va, dunque, accolto e, in riforma della sentenza di primo grado, è respinto il ricorso di primo grado di (Omissis) s.r.l..

Come in precedenza anticipato, per il c.d. effetto espansivo esterno della sentenza, di cui all'art. 336, comma 2, cod. proc. civ., è caducato il provvedimento di aggiudicazione a (Omissis) s.r.l. e anche il contratto di appalto *medio tempore* tra questa e la stazione appaltante il 15 settembre 2021 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 maggio 2022, n. 3628).

Ogni altra domanda, ivi compresa la domanda di condanna al risarcimento dei danni patiti in conseguenza dell'avvenuta esecuzione della sentenza di primo grado, formulata in appello da (Omissis) s.r.l. esula dalla cognizione di questo giudice ed è, per questo, inammissibile.

L'oggetto della controversia, infatti, è fissato dalla domanda, proposta con il ricorso di primo grado da (Omissis) s.r.l., di annullamento del primo provvedimento di aggiudicazione, qui respinta per le ragioni esposte.

4. La peculiarità della vicenda giustifica la compensazione delle spese del doppio grado del giudizio tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, n. 951/2021, respinge il ricorso di primo grado di (Omissis) s.r.l..

Compensa tra le parti in causa le spese del doppio grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente FF

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere

L'ESTENSORE

Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO