

I limiti al soccorso istruttorio per la mancata presentazione del contratto di avvalimento

Scritto da Interdata Cuzzola | 18/02/2022

Il contratto di avvalimento, ai sensi dell'art. 89, comma 1, del Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016), deve essere allegato in originale o copia autenticata alla domanda di partecipazione alla gara, unitamente alla dichiarazione dell'impresa ausiliaria circa il possesso dei requisiti morali e l'assunzione dell'obbligo verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente.

Come evidenziato dal TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. I, nella sent. 15 febbraio 2022, n. 170, è ammissibile il soccorso istruttorio (di cui all'art. 83, comma 9, del Codice) nel caso di mancata presentazione di copia del contratto di avvalimento ove l'impresa ausiliaria ed ausiliata abbiano prodotto in gara le dichiarazioni di cui al citato art. 89 (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, sent. 21 maggio 2020, n. 3209), fermo restando l'esclusione del soccorso con riguardo ai profili contenutistici del contratto di avvalimento.

Nel caso di soccorso istruttorio si pone, però, il problema di dimostrare, *a posteriori*, che il contratto di avvalimento sia stato stipulato prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 21 maggio 2020, n. 3209; sent. 20 agosto 2019, n. 5747), come si desume dal citato art. 89, comma 1, secondo cui il contratto va prodotto unitamente alla domanda di partecipazione (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 20 agosto 2019, n. 5747).

A tal proposito occorre che la data di sottoscrizione sia certa ai sensi dell'art. 2704 c.c. ovvero che risulti da atto pubblico, scrittura privata autenticata o registrazione (Consiglio di Stato sez. V, sent. 20 agosto 2019, n. 5747), con la precisazione che la sottoscrizione può avvenire anche digitalmente purché con marcatura temporale (Corte di Cassazione, sez. I, sent. 13 febbraio 2019, n. 4251).

Secondo i giudici, può ammettersi la non simultaneità della sottoscrizione, dovendosi però sempre accertare che la data della seconda sottoscrizione sia anteriore al termine di presentazione delle offerte.