

Avvalimento: la dichiarazione unilaterale di impegno dell'ausiliaria deve essere distinta e autonoma

Scritto da Interdata Cuzzola | 16/06/2022

La dichiarazione unilaterale di impegno dell'impresa ausiliaria per non risultare nulla e, conseguentemente, comportare l'esclusione dalla gara, deve essere redatta in modo autonomo, ovvero, devono essere presenti tutti gli elementi utili per renderla di per sé valida ed efficace: è quanto evidenziato dal TAR Abruzzo, sez. I, nella sent. 4 giugno 2022, n. 231.

Secondo la giurisprudenza, maturata prevalentemente nella vigenza del precedente Codice degli appalti (Decreto Legislativo n. 163/2006) ma confermata in più recenti pronunce successiva alla entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016), l'esigenza di determinazione dell'oggetto esiste anche con riferimento alla dichiarazione unilaterale di impegno, in quanto *"nell'istituto dell'avvalimento l'impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto alla gara, dovendosi essa impegnare non soltanto verso l'impresa concorrente ausiliata ma anche verso la stazione appaltante a mettere a disposizione del concorrente le risorse di cui questi sia carente, sicché l'ausiliario è tenuto a riprodurre il contenuto del contratto di avvalimento in una dichiarazione resa nei confronti della stazione appaltante"* (Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 13 maggio 2010 n. 2956 e sent. 30 settembre 2015, n. 4544; TAR Veneto, sez. I, sent. 11 settembre 2013, n. 1092).

Anche con riferimento al vigente Codice dei contratti pubblici, in particolare, la giurisprudenza ha rilevato che l'art. 89, comma 1, distingue la dichiarazione con cui l'ausiliaria si obbliga verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente, dal contratto di avvalimento; secondo la giurisprudenza l'impresa ausiliaria si obbliga, in sostanza, nei confronti della stazione appaltante, con separata dichiarazione, e tale distinzione discende proprio dalla previsione dell'art. 89, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, che richiede di tenere distinto il contratto di avvalimento dalla dichiarazione; lungi dal costituire un mero formalismo, tale dichiarazione appare di per sé 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 (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 22 ottobre 2019, n. 7188; sent. 21 maggio 2020, n. 3209); anche la dichiarazione deve, dunque, contenere l'elencazione dettagliata di tutti i mezzi e risorse messe a disposizione (TAR Lazio, Roma, sez. I bis, sent. 26 ottobre 2020, n. 10912).

Tale orientamento giurisprudenziale, laddove richiede un'autonomia della dichiarazione unilaterale d'impegno nei confronti della stazione appaltante, appare condivisibile ai giudici, in quanto conferisce all'impegno stesso maggiore autonomia rispetto al diverso istituto del contratto a favore del terzo.

In particolare, si è chiarito che: *“sul piano del diritto comune di contratti è ammessa «la stipulazione a favore di un terzo», attraverso il contratto a favore di terzo di cui agli artt. 1411 - 1413 del codice civile. Effetto tipico della stipulazione a favore del terzo è l’acquisto immediato da parte di quest’ultimo del diritto nascente dal contratto, ma la medesima stipulazione può tuttavia «essere revocata o modificata dallo stipulante, finché il terzo non abbia dichiarato, anche in confronto del promittente di volerne profittare» (art. 1411, comma 2, cod. civ.). Inoltre in base all’art. 1413 il promittente, ovvero nel caso di avvalimento il concorrente ausiliato «può opporre al terzo le eccezioni fondate sul contratto dal quale il terzo deriva il suo diritto». Le conseguenze così descritte rendono evidente che l’impegno assunto dall’ausiliario nell’ambito del contratto di avvalimento a favore della stazione appaltante non è equivalente ad una dichiarazione diretta a quest’ultima, la quale ai sensi dell’art. 1334 cod. civ. produce effetto dal momento in cui perviene a conoscenza della persona alla quale è destinata e diviene così irretrattabile, oltre che insuscettibile di eccezioni legate a rapporti con altri soggetti”* (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 22 ottobre 2019, n. 7188).