

Il contratto di avvalimento richiede l'espresso impegno dell'ausiliaria verso la stazione appaltante

Scritto da Interdata Cuzzola | 24/05/2023

Come è noto, l'art. 89, comma 1, del Codice dei contratti pubblici (Decreto Legislativo n. 50/2016), a proposito della dichiarazione d'impegno dovuta dall'ausiliaria, dispone che *"L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga 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"*.

Secondo la giurisprudenza, tale dichiarazione di impegno, *lungi dal costituire un mero formalismo, 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 solo concorrente"* (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 22 ottobre 2019, n. 7188).

Conseguentemente, secondo il TAR Campania, Salerno, sez. I, sent. 17 maggio 2023, n. 1139, TAR Campania, Salerno, sez. I, sent. 17 maggio 2023, n. 1139, è legittima l'esclusione dalla gara di un concorrente che presenta un contratto di avvalimento privo di tale dichiarazione di impegno, da parte dell'ausiliaria, nei confronti della stazione appaltante.

Ed infatti, secondo la giurisprudenza, in assenza della formalizzazione, ancorché all'interno del contratto di avvalimento, di una dichiarazione dell'ausiliaria, rivolta alla stazione appaltante, con la quale *"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"* (art. 89, comma 1), va disposta l'esclusione dalla gara dell'impresa concorrente, non essendo possibile *"colmare con il soccorso istruttorio la totale mancanza della dichiarazione d'impegno da parte dell'ausiliaria in seno all'avvalimento"* (Consiglio di Stato, sez. III, sent. 13 dicembre 2021, n. 8316; sez. V, sent. 4 giugno 2020, n. 3506).