



Giustizia Amministrativa
SENTENZE DEL TAR

TAR CALABRIA, SEZ. II, 18 SETTEMBRE 2024, N. 1326 - AVVALLIMENTO. ASSENZA DELLA DICHIARAZIONE DI IMPEGNO. ESCLUSIONE

Posted on 24 Settembre 2024



Category: [Opere pubbliche](#)

Avvalimento. Mancanza della dichiarazione di impegno da parte dell'impresa ausiliaria ai sensi dell'art. 104, 4° comma, del D.Lgs. n. 36/2023 (ieri art. 89, 1° comma, del Codice 50). Inammissibilità del soccorso istruttorio e legittimità del provvedimento di esclusione.

Il TAR Calabria, con la sentenza n.1326 del 18 settembre 2024, ribadisce l'importanza della dichiarazione di impegno dovuta dall'ausiliaria, così come richiesto dal previgente art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, oggi art. 104, comma 4, del Nuovo Codice dei Contratti, secondo cui *"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"*.

Tale dichiarazione, secondo il tenore della disposizione, pur costituendo un atto distinto rispetto al contratto di avvalimento per il G.A. *"...può ben essere incorporata anche nel contratto di avvalimento (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 1 luglio 2022, n. 5497), atteso che la mancanza del requisito formale della separatezza delle dichiarazioni dal contratto di avvalimento non ne compromette la validità (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 9 febbraio 2023, n. 1449), restando irrilevante il formale supporto redazionale che ne racchiude la fonte"*.

Il TAR, tuttavia, aggiunge che, anche se la mancanza del requisito formale della separatezza delle dichiarazioni dal contratto di avvalimento, non inficia la validità del contratto di stesso, ciò non di meno *"...non può prescindersi, trattandosi di dichiarazioni negoziali unilaterali", dalla necessità, ai fini dell'avvalimento, che esse siano rivolte alla stazione appaltante e che pervengano nella sfera di conoscibilità della medesima destinataria (arg. ex art. 1334 cod. civ.)"* (cfr. cit. Consiglio di Stato, sez. V, 9 febbraio 2023 n. 1449)".

Alla luce delle suddette considerazioni, il TAR ha, quindi, ritenuto, nel caso oggetto di ricorso, legittima l'esclusione dalla gara della società ricorrente, stante l'assenza della formalizzazione, ancorché all'interno del contratto di avvalimento, di una dichiarazione dell'ausiliaria, rivolta alla Stazione Appaltante, non essendo possibile *"colmare con il soccorso istruttorio la totale mancanza della dichiarazione d'impegno da parte dell'ausiliaria in seno all'avvalimento"* (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 13 dicembre 2021, n. 8316)".

