

Necessità di dichiarazione unilaterale, al posto del contratto, per l'avvalimento infra gruppo (Cons. di Stato N. 00810/2012)

Autore: Lazzini Sonia

In: Appalti e contratti, Giurisprudenza commentata

Avvalimento infragruppo: essendo la dichiarazione unilaterale sostitutiva solo del contratto, permane l'obbligo di allegazione alla domanda di partecipazione delle dichiarazioni

La conferma della sentenza appellata relativamente alle questioni oggetto dei motivi ora rigettati, già sorregge, di conseguenza, la legittimità del provvedimento di esclusione dalla gara e dei connessi atti di incameramento della cauzione e di segnalazione all'Autorità garante, adottati dall'amministrazione (e quindi la reiezione del ricorso proposto in I grado), rendendo superfluo l'esame del quarto e quinto motivo di appello (sub lett. d) ed e) dell'esposizione in fatto).

l'art. 49, comma 2, del Codice dei contratti, mentre alla lettera f), prevede che l'impresa che intende ricorrere all'avvalimento deve allegare (alla domanda di partecipazione, secondo quanto innanzi precisato) "in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto", precisa altresì, alla successiva lett. g) che:

"nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di cui alla lettera f) l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dal comma 5".

L'impresa partecipante, dunque, non è tenuta a stipulare (e quindi successivamente ad allegare) con l'impresa avvalsa "un contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto", potendo tale contratto essere sostituito da una dichiarazione unilaterale

nessuna dichiarazione unilaterale di un soggetto può costituire una obbligazione a carico di un soggetto terzo, fonte di responsabilità a suo carico, per il caso di inadempimento (riconoscendo il codice civile, ex art. 1381, solo il ben diverso istituto della "promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo"); di modo che nessuna dichiarazione unilaterale (e nemmeno alcun contratto stipulato tra imprese) può sostituire, nei confronti della Pubblica Amministrazione appaltante, le dichiarazioni che l'art. 49 prevede a carico dell'impresa ausiliaria, stante la indicata finalità delle medesime.

il legislatore, a fronte della indicazione di un presupposto soggettivo - quale l'appartenere l'impresa di cui ci si intende avvalere al "medesimo gruppo" - non essendo questo chiaramente tipizzato dall'ordinamento, se da un lato, facilita all'impresa partecipante gli oneri di allegazione documentale, richiedendo la dichiarazione sostitutiva in luogo del contratto, per altro verso, per il tramite della attestazione sulla natura e sui contenuti del "legame giuridico ed economico esistente nel gruppo", intende pervenire al medesimo risultato, che si otterrebbe per il tramite del contratto, e cioè la comprovata assunzione, da parte dell'impresa ausiliaria nei confronti della partecipante alla gara, delle obbligazioni di "fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto"

Passaggio tratto dalla decisione numero 810 del 16 febbraio 2012 pronunciata dal Consiglio di Stato

Altrettanto infondate sono le doglianze dell'appellante, laddove essa ritiene che non sussiste l'onere di allegare il contratto di avvalimento, essendo sufficiente a provare lo stesso "qualunque strumento idoneo allo scopo". In particolare, sarebbe sufficiente la mera autodichiarazione della concorrente, come avvenuto nel caso di specie, unitamente al deposito dei bilanci 2004/2006 del gruppo Sofinbi s.p.a.

Orbene, l'art. 49, comma 2, del Codice dei contratti, mentre alla lettera f), prevede che l'impresa che intende ricorrere all'avvalimento deve allegare (alla domanda di partecipazione, secondo quanto innanzi precisato) "in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto", precisa altresì, alla successiva lett. g) che:

"nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di cui alla lettera f) l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dal comma 5".

L'impresa partecipante, dunque, non è tenuta a stipulare (e quindi successivamente ad allegare) con l'impresa avvalsa "un contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto", potendo tale contratto essere sostituito da una dichiarazione unilaterale.

Il contenuto di tale dichiarazione, per espressa previsione di legge, è, per un verso, sostitutivo del solo contratto, previsto alla lett. f); per altro verso, deve riguardare "il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo".

Appare evidente che il legislatore, a fronte della indicazione di un presupposto soggettivo - quale l'appartenere l'impresa di cui ci si intende avvalere al "medesimo gruppo" - non essendo questo chiaramente tipizzato dall'ordinamento, se da un lato, facilita all'impresa partecipante gli oneri di allegazione documentale, richiedendo la dichiarazione sostitutiva in luogo del contratto, per altro verso, per il tramite della attestazione sulla natura e sui contenuti del "legame giuridico ed economico esistente nel gruppo", intende pervenire al medesimo risultato, che si otterrebbe per il tramite del contratto, e cioè la comprovata assunzione, da parte dell'impresa ausiliaria nei confronti della partecipante alla gara, delle obbligazioni di "fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto".

Ciò significa, innanzi tutto, che, essendo la dichiarazione unilaterale sostitutiva solo del contratto, permane l'obbligo di allegazione alla domanda di partecipazione delle dichiarazioni:

- sub lett. c), con la quale l'impresa ausiliaria attesta il possesso dei requisiti generali di cui all'articolo 38, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento (tale ultimo inciso introdotto dall'art. 4 d.l. n. 70/2011);

- sub lett. d), con la quale si assume verso la stazione appaltante l'obbligo di "mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente";

- sub lett. e), con la quale l'impresa ausiliaria "attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'articolo 34"

Ed infatti, solo con l'allegazione di tali dichiarazioni (che certo non possono provenire dall'impresa concorrente), si pone la stazione appaltante in grado di verificare il possesso dei requisiti di ordine generale per partecipare alle gare anche in capo all'impresa ausiliaria; ma soprattutto si consegue formalmente, da parte della stazione appaltante, la dichiarazione con la quale l'impresa ausiliaria, nell'assumere le obbligazioni previste, diviene anche responsabile, unitamente alla concorrente "in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto", come prevede il comma 4 dell'art. 49.

Appare del tutto evidente che nessuna dichiarazione unilaterale di un soggetto può costituire una obbligazione a carico di un soggetto terzo, fonte di responsabilità a suo carico, per il caso di inadempimento (riconoscendo il codice civile, ex art. 1381, solo il ben diverso istituto della "promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo"); di modo che nessuna dichiarazione unilaterale (e nemmeno alcun contratto stipulato tra imprese) può sostituire, nei confronti della Pubblica Amministrazione appaltante, le dichiarazioni che l'art. 49 prevede a carico dell'impresa ausiliaria, stante la indicata finalità delle

medesime.

A ciò occorre aggiungere che la stessa dichiarazione sostitutiva, prevista dalla lett. g) dell'art. 49, intanto può tenere luogo del contratto previsto dalla precedente lett. f), in quanto la particolare tipologia del "legame giuridico ed economico esistente nel gruppo", di cui occorre dare attestazione, lo consente.

Deve cioè trattarsi di un "legame" - preesistente e tipizzato nelle forme giuridiche idonee - tale da comportare che, a mera richiesta di una società del medesimo gruppo (del quale ultimo devono essere specificati la natura e l'ambito, in modo da non creare dubbi in ordine alla comune appartenenza delle imprese), altra impresa del gruppo, indicata come ausiliaria "si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto" (che è, appunto, l'obbligazione che altrimenti si assume con il contratto).

In definitiva, ciò che la dichiarazione unilaterale sostituisce (in luogo del contratto), e sempre che precedenti "legami" giuridico - economici lo consentano, è la documentazione della assunzione dell'obbligazione nei confronti del concorrente (non potendo essa costituirne la fonte), nel senso che essa documenta di una obbligazione già precedentemente assunta, proprio in virtù dei legami suddetti.

Una mera dichiarazione unilaterale, per le ragioni già esposte, non è ex se idonea a far sorgere obbligazioni in capo ad un terzo ed in favore del dichiarante; tanto meno, essa può produrre tale effetto nei confronti della Pubblica Amministrazione.

Quanto sin qui considerato non si pone affatto in contraddizione con l'art. 47, co. 2, della Direttiva 2004/18/CE, il quale (co. 2), nel prevedere che "un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi", intende escludere che possano essere poste limitazioni in virtù della natura giuridica di tali legami (ed infatti, per quel che interessa il caso di specie, non vi è alcuna

limitazione al cd. avvalimento infragrupo) Ma, al tempo stesso, tale articolo certo non esclude la necessità di formale assunzione di obbligazioni e responsabilità da parte della impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante.

Allo stesso modo, laddove la disposizione afferma che l'impresa concorrente, in ipotesi di avvalimento, "deve dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti", non esclude altre forme di "dimostrazione", ferma restando la necessità di assunzione dell'obbligazione da parte dell'impresa ausiliaria.

In altre parole, e ciò con riferimento sia alla interpretazione dell'art. 47 della direttiva, sia all'interpretazione dell'art. 49 del Codice, occorre ricordare e tenere ferma la distinzione tra "prova dell'obbligazione assunta" ed "atto o fatto produttivo di obbligazioni".

Alla luce di quanto ora affermato, non sussiste alcun dubbio interpretativo in ordine al contenuto normativo dell'art. 47 della Direttiva 2004/18/CE, tale da rendere necessaria la richiesta di interpretazione alla Corte di giustizia dell'Unione Europea., così come in eventualità prospettato dall'appellante.

<https://www.diritto.it/necessita-di-dichiarazione-unilaterale-al-posto-del-contratto-per-l-avvalimento-infra-gruppo-cons-di-stato-n-008102012/>