

N. 00683/2013 REG.PROV.COLL.  
N. 00339/2013 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 339 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

S.A.L. di Uccheddu Federico, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Andreozzi e Stefano Altea, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giuseppe Andreozzi in Cagliari, via Gianturco n. 4;

***contro***

il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del Ministro *pro tempore*,

Agenzia Entrate Direzione Generale Sardegna, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata in Cagliari, via Dante n. 23;

***nei confronti di***

Ing G.B. Bosazza Srl;

*per l'annullamento*

- la comunicazione del 21.3.2013, emessa dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, con la quale viene comunicata l'aggiudicazione provvisoria e l'esclusione del ricorrente;
- il verbale di gara ufficiosa del 20.3.2013 contenente l'aggiudicazione provvisoria alla controinteressata;
- la comunicazione di aggiudicazione provvisoria alla controinteressata del 21.3.2013;
- tutti gli atti presupposti, inerenti e consequenziali.  
e con i motivi aggiunti depositati il 16.5.2013:
- della comunicazione prot. 3175 del 24.4.2013 di aggiudicazione definitiva;
- della comunicazione prot.3176 del 24.4.2013, inviata al ricorrente, di aggiudicazione definitiva;
- tutti i verbali della commissione di gara.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e di Agenzia Entrate Direzione Generale Sardegna;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 ottobre 2013 il dott. Giorgio Manca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. – L'impresa ricorrente ha partecipato alla procedura di cottimo fiduciario per l'affidamento di «lavori di manutenzione straordinaria sulla vetrata continua», indetta dal Provveditorato Interregionale per le OOPP (sede Coordinata di Cagliari), in nome e per conto dell'Agenzia delle Entrate. Poiché la ricorrente non era in possesso della qualificazione SOA richiesta dalla lettera di invito, stipulava contratto di avvalimento con la società "*Campidania s.r.l. unipersonale*", in possesso del predetto requisito.

In sede di documentazione di gara, la ricorrente presentava, oltre alla dichiarazione di volersi avvalere dei requisiti della *Campidania s.r.l.* e al contratto di avvalimento stipulato, anche la dichiarazione del legale rappresentante dell'impresa ausiliaria in ordine al possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006), redatta su modello predisposto dalla stessa stazione appaltante e allegato alla lettera di invito ("modello E", da compilare solo in caso di avvalimento).

Nella seduta del 20 marzo 2013, l'offerta della *S.A.L. di Uccheddu Federico* veniva esclusa per l'omessa dichiarazione sostitutiva di cui all'art. 38, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006 relativa al direttore tecnico dell'impresa ausiliaria *Campidania s.r.l.*

Con nota del 24 aprile 2013, n. 3176, la stazione appaltante comunicava, alle imprese partecipanti alla procedura, l'aggiudicazione

definitiva dei lavori all'impresa *Ing. G.B. Bosazza s.r.l.* .

2. - Con il ricorso introduttivo, l'impresa ricorrente chiede l'annullamento dell'atto di esclusione, sopra richiamato; con i motivi aggiunti, estende l'impugnazione all'aggiudicazione definitiva.

3. - Si è costituita in giudizio l'amministrazione intimata, chiedendo che il ricorso e i motivi aggiunti siano respinti.

4. - Con ordinanza collegiale del 22 maggio 2013, n. 169, la Sezione ha accolto la domanda cautelare della ricorrente.

Con ordinanza del Consiglio di Stato, sez. IV, 25 settembre 2013, n. 3771, è stato respinto l'appello cautelare.

5. - All'udienza pubblica del 9 ottobre 2013, la causa è stata trattenuta in decisione.

6. - Con il ricorso introduttivo, l'impresa ricorrente deduce un unico articolato motivo, basato sulla violazione dell'art. 49, comma 2, lett. c), del codice dei contratti pubblici, nella parte in cui prevede, in caso di avvalimento, la presentazione di «una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38». Si sostiene che tale disposizione non fa riferimento ad altri soggetti, quali il direttore tecnico; né tale previsione era contenuta nel disciplinare di gara. Pertanto, la dichiarazione sostitutiva della *Campidania s.r.l.* è stata sottoscritta dal solo legale rappresentante. Anche il modello predisposto dalla stazione appaltante, e allegato alla lettera di invito (modello E), prevedeva (quale soggetto tenuto a rendere la dichiarazione sostitutiva) esclusivamente il titolare o legale rappresentante

dell'impresa ausiliaria.

Con i motivi aggiunti, l'impresa ricorrente deduce l'invalidità derivata dell'aggiudicazione definitiva, conseguenza dell'illegittimità dell'esclusione.

6.1. - Il motivo è fondato.

6.2. - La questione giuridica sollevata dall'impresa ricorrente è chiara: si tratta di stabilire se, in caso di avvalimento, l'impresa ausiliaria sia tenuta a produrre la dichiarazione sostitutiva volta a dimostrare il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 cit., oltre che del legale rappresentante (ovvero, nel caso delle società di capitali, degli amministratori muniti di potere di rappresentanza), anche degli altri soggetti indicati nella disposizione da ultimo richiamata, fra i quali il direttore tecnico.

6.3. - La Sezione ha avuto recentemente occasione di pronunciarsi sulla questione (T.A.R. Sardegna, sez. I, 11 gennaio 2013, n. 23, pagg. 17-18 della parte in diritto). In quel caso, muovendo dal presupposto che *«la lex specialis di gara non imponeva alle imprese ausiliarie di presentare la dichiarazione ex art. 38 del d.lgs. 163/2006»*, la Sezione ha affermato che *«atteso che l'obbligo di presentare la predetta dichiarazione non è - ex se - estensibile a soggetti terzi (in assenza di esplicito rinvio), ne consegue che le imprese ausiliarie erano tenute a fornire le sole dichiarazioni espressamente richieste dall'art. 49, comma 2, lett. c) del medesimo d.lgs. 163/2006. Infatti, nel regolamentare gli obblighi informativi che gravano sul concorrente che si avvalga di una impresa terza, il citato art. 49 prevede l'obbligo di fornire la sola "dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da*

*parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38", ricollegando la sanzione espulsiva al solo caso di dichiarazioni mendaci (di cui al comma 3 del citato art. 49). Non v'è dubbio, pertanto, che la comminatoria di esclusione che la lex specialis di gara ricollega alla mancata presentazione delle dichiarazioni di cui all'art. 38, nell'assenza di una formale e specifica estensione all'impresa ausiliaria, non può ritenersi applicabile a quest'ultima».*

6.4. - Nel caso di specie, non vi sono ragioni per discostarsi dalla soluzione accolta nel citato precedente.

Rammentato che la lettera di invito, contenente la regolamentazione per la partecipazione alla gara ufficiosa, non prevedeva alcunché in ordine all'estensione degli obblighi dichiarativi anche al direttore tecnico dell'impresa ausiliaria; e che ciò trova conferma nel contenuto del modello di dichiarazione, riservato alle imprese ausiliarie, predisposto dalla stessa stazione appaltante, nel quale si fa esclusivo riferimento alla "qualità di titolare – rappresentante legale dell'impresa"; ne deriva come conseguenza che la sola base giuridica idonea a disciplinare la fattispecie in questione è costituita dall'art. 49, comma 2, lett. c), cit. . Disposizione che sulla scorta sia del tradizionale principio di stretta interpretazione delle cause di esclusione, sia dell'attuale principio di tassatività delle cause di esclusione testualmente sancito dall'art. 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici, deve essere intesa come riferita esclusivamente al soggetto titolare dell'impresa o legale rappresentante.

6.5. - Anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato, formatasi sull'argomento, appare convergere sulla soluzione prospettata.

L'analisi deve muovere dall'affermazione, pienamente condivisibile, secondo cui *«il combinato disposto degli articoli 38 e 49 del codice dei contratti pubblici impone, alla luce del dato letterale e dell'argomento teleologico, a tutti i soggetti che a qualunque titolo concorrono ai pubblici appalti, in veste di affidatari, sub-affidatari, consorziati, componenti di a.t.i. e ausiliari in sede di avvalimento, non solo di essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 38 cit., ma anche di dichiararne il possesso e di fornirne la relativa dimostrazione a termini di legge e in conformità alla disciplina di gara»* (Cons. St., Sez. V, 4 dicembre 2012, n. 6164, che, peraltro, non affronta specificamente il problema della cerchia di soggetti dell'impresa ausiliaria tenuti a rendere le dichiarazioni sostitutive, posto che nel caso deciso rilevava la mancata produzione, da parte dell'impresa ausiliaria, del DURC, del certificato camerale e del documento di valutazione dei rischi.).

Tuttavia, come ulteriormente chiarito, l'estensione dell'ambito di applicazione soggettivo degli obblighi dichiarativi di cui all'art. 38 cit. trova un limite testuale nell'art. 49, comma 2, lett. c), cit., che individua nella sola impresa ausiliaria (e quindi nel legale rappresentante della stessa) il soggetto tenuto a rendere la *«dichiarazione sottoscritta (...) attestante il possesso (...) dei requisiti generali di cui all'articolo 38»* (in tal senso Consiglio di Stato sez. V, 19 settembre 2012, n. 4970, citata adesivamente anche in T.A.R. Sardegna, sez. I, 11 gennaio 2013, n. 23). La decisione sostiene tale affermazione osservando come *«l'obbligo di presentare la predetta dichiarazione non è – ex se – estensibile a soggetti terzi (in assenza di esplicito rinvio)»*; con il che, appare del tutto evidente l'implicito rimando a quei principi sopra invocati

(stretta interpretazione delle disposizioni contenenti cause di esclusione; tassatività di queste ultime). Richiamo che diventa del tutto esplicito nella più recente sentenza Cons. St., sez. V, 14 febbraio 2013, n. 911, in cui il principio di tipicità delle cause di esclusione fonda la conclusione secondo cui *«la norma recata dall'art. 38, co. 1 lett. C) di cui si controverte, non (è) suscettibile di interpretazione tale da introdurre ulteriori e non previste cause ostative»*.

7. - In conclusione, il ricorso e i motivi aggiunti debbono essere accolti, con il conseguente annullamento dell'esclusione e dell'aggiudicazione definitiva.

8. – Considerata la relativa novità della questione esaminata, si giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso e i motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/11/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)