

Parere n.105 del 27/06/2012

PREC 72/12/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'Impresa GEA S.r.l. – “*Procedura aperta per l'appalto dei lavori di consolidamento della zona sud-ovest del centro abitato, in corrispondenza della scuola elementare e dell'asilo comunale*” – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – Data di pubblicazione del bando: 6/7/2011 – Importo a base d'asta: euro 517.829,27 – S.A.: Comune di Realmonte (AG).

Società a responsabilità limitata con meno di quattro soci – Dichiarazioni da rendere ai sensi dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 gravanti sul “socio di maggioranza” in caso di compartecipazione alla pari dei tre soci costituenti la società.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 29 febbraio 2012 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale l'Impresa GEA S.r.l. ha chiesto un parere in merito alla legittimità della propria esclusione dalla gara per l'affidamento dei lavori in oggetto, disposta dal Comune di Realmonte (AG) per non avere reso le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. b), c) ed m-ter del D.Lgs. n.163/2006 conformemente alle prescrizioni del codice e della *lex specialis*.

Più specificamente, le dichiarazioni circa l'assenza di cause di esclusione per procedimento di prevenzione e per condanne penali nonché quella da rendere ai sensi della lettera m-ter del d.lgs. n. 163/2006, sono state rese dal solo titolare e direttore tecnico della società anziché da tutti e tre i soci di maggioranza della GEA S.r.l. S.r.l.. Pertanto, secondo la stazione appaltante, trattandosi di società a responsabilità limitata costituita da tre soci, tutti di maggioranza (1/3 ciascuno), le dichiarazioni sopra richiamate avrebbero dovuto essere rese da tutti e tre i suddetti soci anziché da uno solo di essi.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità in data 27 marzo 2012, la S.A. ha difeso il proprio operato, richiamando a tal fine giurisprudenza amministrativa consolidatasi in materia.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità dell'esclusione dalla gara in oggetto della ditta GEA S.r.l., disposta dal Comune di Realmonte (AG) per le ragioni evidenziate in fatto.

Le lettere b) e c) dell'art. 38, comma 1, del Codice riguardano, rispettivamente, le cause di esclusione per procedimento di prevenzione e per condanne penali, mentre la lettera m-ter prevede l'esclusione dalle gare dei soggetti di cui alle citate lettere b) e c) che non abbiano denunciato all'autorità giudiziaria i fatti di reati ivi richiamati.

Si tratta, più specificamente, di cause di esclusione che operano, per espresso dettato normativo, qualora riguardino *“il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; i soci o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società”*.

La finalità dell'articolo 38 cit. è quella di attuare un controllo effettivo sull'idoneità morale degli operatori economici, con riferimento a tutti i soggetti in grado di impegnare all'esterno l'impresa, tanto da richiedere le dichiarazioni non solo in capo agli amministratori muniti di legale (e formale) potere di rappresentanza, ma anche ai direttori tecnici e, in determinate ipotesi, anche al socio di maggioranza .

La disposizione normativa in parola va, dunque, interpretata nel senso che coloro i quali rivestono cariche societarie, alle quali è per legge istituzionalmente connesso il possesso di poteri rappresentativi, sono in ogni caso tenuti a rendere la dichiarazione in essa prevista.

Tornando ora al caso di specie e all'evoluzione normativa che ha interessato la disposizione di cui si discute, va preliminarmente evidenziato che prima della modifica apportata all'art. 38 con il D.L. n. 70/2011, il controllo in gara sui soci di società di capitali con socio unico o, comunque, con meno di quattro soci non veniva effettuato in quanto la normativa di settore circoscriveva il controllo ai soli soci di società di persone, salvo poi consentire il diniego di stipulazione o la risoluzione del contratto ove il controllo antimafia avesse rivelato misure di prevenzione, condanne penali o processi pendenti, a carico di tali soci. Pertanto, con la modifica sopra richiamata si è, anzitutto, inteso risolvere il problema del controllo sui soci di società di capitali con socio unico o con meno di quattro soci.

Si è, pertanto, previsto che il procedimento di prevenzione o le condanne penali menzionate sono causa di esclusione anche se riguardano il socio persona fisica nel caso si tratti di socio unico di società di capitali ovvero di socio di maggioranza in società di capitali con meno di quattro soci.

Pertanto, se questo è l'intento rafforzativo sotteso alla *ratio* della novella legislativa in parola, appare congruo e conforme allo spirito ed alla *voluntas legis* che il controllo preventivo debba essere effettuato nei confronti di tutti e tre i soci della GE S.r.l.. Essi, infatti, ancorché detengano in misura paritaria la partecipazione alla società, sono, ciascuno per suo conto, espressione di una convergente potestà dominicale e direzionale della società.

E nel caso di specie, il disciplinare di gara pubblicato dalla S.A. (punto 4, lett. A, sub b), c) ed m-ter), nel caso di società come la S.r.l. con meno di quattro soci, poneva con evidenza l'obbligo di produrre, a pena di esclusione, le dichiarazioni sul possesso dei c.d. “requisiti morali” anche da parte del “socio di maggioranza” (oltre che da parte dell'amministratore e del direttore tecnico).

Conseguentemente, la concorrente GEA S.r.l., nel dichiarare (nel documento “*Dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà*” del 2.9.2011, prodotto in sede di gara) che la società risulta formata da n. 3 soci con eguale quota di partecipazione ovvero da tre soci, tutti di maggioranza, e nel presentare le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) c) ed m-ter del solo titolare e

direttore tecnico, non si è, chiaramente, attenuta al rispetto delle menzionate disposizioni, ponendo in essere una evidente violazione della lettera del disciplinare e del codice dei contratti.

Né vale richiamare, per affermare il contrario, il disposto del comma 1-*bis* dell'art. 46 del D.Lgs n. 163/2006 il quale, appunto, prevede, tra le tassative cause di esclusione dalle gare, anzitutto il mancato adempimento alle prescrizioni del Codice e del Regolamento, riassumibili nella "violazione di legge".

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, conforme alla normativa di settore l'operato della stazione appaltante.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 6 luglio 2012

Il Segretario: Maria Esposito