

Parere n.58 del 04/04/2012

PREC 272/11/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Lecce – “*Procedura aperta per l’affidamento in gestione del servizio di mensa scolastica*” – Data di pubblicazione del bando: 28 luglio 2011 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo complessivo presuntivo per tre anni: euro 3.609.375,00 – S.A.: Comune di Lecce.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 25 ottobre 2011 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe, con la quale la S.A. ha chiesto un parere in merito alla legittimità di una eventuale esclusione dalla gara in oggetto del costituendo RTI LA CASCINA GLOBAL SERVICE s.r.l./CONSORZIO A TAVOLA società consortile a r.l. per le ragioni che di seguito si evidenziano.

Il suddetto raggruppamento ha presentato domanda di partecipazione alla gara in oggetto nella veste di raggruppamento di tipo orizzontale tra la mandataria “LA CASCINA GLOBAL SERVICE s.r.l.”, partecipante nella misura dell’80% e la mandante “CONSORZIO A TAVOLA società consortile a r.l.” partecipante nella misura del 20%.

Nell’istanza di partecipazione alla gara, la predetta mandante – qualificatasi consorzio stabile – dichiarava di concorrere per la consorziata TURIGEST S.r.l. di Lecce che, in persona del legale rappresentante, amministratore unico e direttore tecnico, produceva tutte le dichiarazioni previste dall’art. 38 del D.Lgs n. 163/2006.

In sede di verifica dei requisiti, è risultato che la consorziata TURIGEST S.r.l., società a responsabilità limitata è composta da due soli soci (uno dei quali, quale amministratore unico ha proposto istanza di ammissione alla gara), i quali detengono entrambi il 50% delle partecipazioni societarie.

Pertanto, alla luce delle modifiche apportate dall’art. 4, comma 2, lett. b) del D.L. n. 70/2011 all’art. 38, comma 1, lett. b) e c) del D.Lgs n. 163/2006, e considerato che trattasi di società con meno di quattro soci senza un socio di maggioranza, la S.A. chiede se le predette dichiarazioni debbano essere rese, a pena di esclusione, da entrambi i soci che possiedono il 50% ciascuno di partecipazione societaria.

All’istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità “La Cascina Global Service s.r.l.” ha dedotto come la norma sia chiara nel riferirsi ai soli soci di maggioranza, i quali, per effetto delle suddette modifiche, sono ora chiamati a rendere la dichiarazione di assenza di cause di esclusione di cui alle lettere b) e c) del citato art. 38, comma 1. Conseguentemente, afferma la mandataria del suddetto raggruppamento, nessuno dei soci della società TURIGEST S.r.l. avrebbe

dovuto rendere la dichiarazione di cui al menzionato art. 38 non essendovi, in tale società, un socio di maggioranza.

Ritenuto in diritto

Con l'istanza di parere in oggetto, il Comune di Lecce chiede se nel caso in cui a partecipare ad una procedura pubblica sia una società con meno di quattro soci ovvero una società con due soli soci che possiedono, ciascuno, il 50% di partecipazione azionaria, le dichiarazioni previste ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettere b) e c) del Codice, debbano comunque essere rese, pur in mancanza di un socio di maggioranza, da entrambi i suddetti soci.

Al riguardo vale preliminarmente precisare che sul fronte transitorio, tutte le modifiche apportate all'art. 38 del D.Lgs n. 163/2006 si applicano alle sole procedure i cui bandi o avvisi siano, come quello della gara in oggetto, successivi al 14 maggio 2011, data di entrata in vigore del decreto legge n. 70/2011 (art. 4, comma 3).

Le lettere b) e c) dell'art. 38, comma 1, riguardano, rispettivamente, le cause di esclusione per procedimento di prevenzione e per condanne penali. 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, in tali previsioni 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.

Se questo, dunque, è l'intento rafforzativo sotteso alla *ratio* della novella legislativa, appare congruo e conforme allo spirito ed alla *voluntas legis* richiedere, nel caso in esame, che il controllo preventivo venga effettuato nei confronti di entrambi i soci della Turigest 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.

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 sensi di cui in motivazione, che il RTI LA CASCINA GLOBAL SERVICE s.r.l./CONSORZIO A TAVOLA società consortile a r.l. debba essere escluso dalla gara in oggetto per non avere entrambi i soci della consorziata TURIGEST S.r.l. reso le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lettere b) e c) del d.lgs. n. 163/2006.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Andrea Camanzi

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19 aprile 2012

Il Segretario: Maria Esposito