

Parere n.70 del 16/05/2012

PREC 269/11/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da AEMME S.r.l. – Procedura aperta per l'affidamento dell'appalto di lavori di << *Adeguamento alle norme di prevenzione incendi dei locali al piano seminterrato e terra del "Real Collegio Capizzi" per l'utilizzo come pinacoteca e museo* >> – Criterio di aggiudicazione: Prezzo più basso – Importo complessivo lordo : €300.652,93 – S.A.: Comune di Bronte.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

La Società AEMME S.r.l., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, ha presentato due distinte istanze di parere, con le quali ha contestato l'operato della stazione appaltante nella procedura indetta per l'affidamento dei lavori in oggetto.

Con la prima delle suddette istanze, la ditta AEMME S.r.l. ha chiesto un parere in merito alla legittimità dell'ammissione alla gara indetta dal Comune di Bronte della ditta ARKEO RESTAURI S.r.l., la quale avrebbe violato la disciplina contenuta all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 così come modificata dal D.L. n. 70/11. In particolare, assume l'istante che *"i soci di maggioranza della predetta società – Sig.ra Lipari Franca e Sig.ra Rizzo Claudia – ciascuna titolare del 50 % delle quote sociali, non avrebbero reso le dichiarazioni di cui al punto 4, lett. b) e c) del disciplinare di gara..."* ovvero le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lettere b) e c) ed m-ter) che per effetto della modifica apportata dal D.L. n. 70/11 devono essere rese anche dai soci di maggioranza delle società di capitali con meno di quattro soci.

Con successiva e distinta istanza, la AEMME S.r.l., ha chiesto un parere in merito questa volta alla ammissione alla medesima procedura di gara di altri quattro concorrenti (Marino Francesco Paolo, Ricciarello Carmelo, CO.GE.ZAF. S.r.l., Sgrò Alberto Alvaro Daniele), che avrebbero dichiarato illegittimamente di voler subappaltare le lavorazioni rientranti nella categoria OG11, classifica I, importo euro 115.458,10 in violazione del limite di subappalto del 30%, violazione desumibile dal fatto che trattasi di lavorazione scorporabile, quindi a qualificazione obbligatoria, e di importo superiore al 15% del costo dell'appalto.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale, avviata da questa Autorità in data 2/12/2011, la stazione appaltante ha confermato la correttezza del proprio operato, evidenziando la legittimità dell'ammissione alla gara della ARKEO RESTAURI S.r.l., in quanto nella documentazione presentata dalla stessa ditta in sede di partecipazione alla gara, sarebbero rinvenibili le dichiarazioni che invece si assumono pretermesse.

Ritenuto in diritto

Oggetto delle prefate richieste di parere è la legittimità della gara indetta dal Comune di Bronte per l'affidamento dei lavori meglio descritti in epigrafe, in ordine alla ammissione delle seguenti ditte: ARKEO RESTAURI S.r.l., Marino Francesco Paolo, Ricciarello Carmelo, CO.GE.ZAF. S.r.l. e Sgrò Alberto Alvaro Daniele. Le istanze in oggetto vanno esaminate partitamente essendo agitate autonome e distinte questioni in punto di fatto e di diritto.

Con la prima delle due istanze oggetto di esame, la ditta AEMME S.r.l. ha chiesto il parere di questa Autorità in ordine all'ammissione alla gara della ARKEO RESTAURI S.r.l., per non avere rilasciato, in sede di predisposizione della domanda di partecipazione, le dichiarazioni dei soci di maggioranza richieste ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettere b) e c) ed m-ter) del d.lgs. n. 163/2006.

Al fine di dirimere la questione, occorre prendere le mosse proprio dall'analisi del disciplinare di gara, che, nell'individuare i documenti da inserire nella busta "A – Documentazione", a pena di esclusione, richiede – al punto 4), lett. a) – la "*dichiarazione sostitutiva resa ai sensi del DPR 28 dicembre 2000, n. 445... con le quali il concorrente o suo procuratore, assumendosene la piena responsabilità: a) dichiara, indicandole separatamente, di non trovarsi in alcuna delle condizioni previste dall'art. 38, comma 1, lettere a), b), c, d), e), f), g), h), i), l), m), m-bis), m-ter), m-quater), 1-bis), 1-ter) e 1-quater) del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 e successive modificazioni*". Lo stesso Disciplinare, ai successivi punti 1b e 1c, prevede che tali dichiarazioni, relative alla pendenza di "*procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575*" nonché ad eventuali sentenze o decreti penali di condanna "*per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale*" sia resa anche dal "*socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci*".

Le cause di esclusione che qui vengono in rilievo sono quelle "per procedimento di prevenzione" e "per condanne penali" nonché quelle di cui alla lettera m-ter) dell'art. 38, che espressamente richiama la precedente lettera b).

Si tratta quindi delle dichiarazioni che per effetto della modifiche apportate alle suddette disposizioni dell'art. 38, devono essere rese anche dai soci di maggioranza negli "*altri tipi di società*" ovvero, come nel caso di specie, nelle società di capitali con meno di quattro soci.

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 così previsto che il procedimento di prevenzione o le condanne penali menzionate costituiscono causa di esclusione anche se riguardano il socio persona fisica, se socio unico di società di capitali ovvero 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 che il controllo preventivo venga effettuato anche nei confronti dei soli due soci di una società di capitali, che, come nel caso di specie, detengono entrambi il 50% della partecipazione societaria. In tal caso, infatti, le

dichiarazioni di cui all'art. 38 sono dovute da entrambi i suddetti soci in quanto entrambi 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".

Fatta tale necessaria premessa, si tratta ora di stabilire se le dichiarazioni di cui all'art. 38, sopra richiamate dovessero essere rese direttamente dai due soci della società in contestazione. Or dunque, dall'esame degli atti di gara, risulta la dichiarazione unica del legale rappresentante e direttore tecnico della società, Domenico Rizzo, con la quale questi ha indicato, al punto D), i nominativi, le date di nascita e la residenza dei due soci unici dell'impresa Lipari Franca e Rizzo Claudia, con le relative quote sociali di partecipazione del 50%. Lo stesso ha di seguito dichiarato che per i due predetti soggetti *"non è stata pronunciata alcuna sentenza di condanna passata in giudicato oppure di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, per reati che incidono sull'affidabilità morale e professionale..."*

Si osserva però, al riguardo, che la dichiarazione del rappresentante legale circa l'inesistenza a carico dei suddetti soci delle cause di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lettere b), c) ed m-ter), non vale a sanare l'inadempimento segnalato dal'istante, ritenendosi che la dichiarazione del legale rappresentante, in luogo di quella del soggetto chiamato a renderla, possa essere resa esclusivamente rispetto ai soggetti cessati dalla carica e divenuti irreperibili, in considerazione ciò della evidente difficoltà per l'impresa concorrente di recuperare dichiarazioni da parte di soggetti che non fanno più parte dell'organizzazione aziendale.

Pertanto è stata riconosciuta la possibilità, a favore del legale rappresentante, di effettuare una dichiarazione sostitutiva "per quanto a propria conoscenza" in ordine alla non sussistenza di sentenza definitiva di condanna nei confronti dei soggetti cessati dalla carica e divenuti irreperibili, con conseguente obbligo per la stazione appaltante di effettuare le relative verifiche, ma senza necessità in capo al dichiarante di produrre la materiale certificazione esimente relativa a tali soggetti (parere n. 75 del 6 marzo 2008).

Ne consegue, dunque, che al di là dell'ipotesi sopra riportata in cui è il legale rappresentante che, per quanto a propria conoscenza, rende la dichiarazione sostitutiva circa la sussistenza dei requisiti soggettivi di cui alle lettere b) e c) del comma 1, dell'art. 38, le dichiarazioni dovute ai sensi delle disposizioni in parola devono essere rese dai soggetti interessati.

Fatta tale doverosa precisazione, rimane da considerare che nessuna delle dichiarazioni richieste è stata resa dai soci della ditta ARKEO RESTAURI S.r.l., la quale ricadendo nella previsione di cui all'art. 38 comma 1 lettera b) e c) del codice, in quanto società di capitali con meno di quattro soci, non avrebbe potuto essere ammessa, per il motivo sopra evidenziato, al prosieguo delle operazioni di gara.

Con la successiva ed autonoma istanza di parere, la AEMME S.r.l., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, ha chiesto l'avviso di questa Autorità in ordine all'ammissione alla gara degli altri seguenti concorrenti: Marino Francesco Paolo, Ricciarello Carmelo, CO.GE.ZAF. S.r.l., Sgrò Alberto Alvaro Daniele. L'istante assume che avrebbero dichiarato illegittimamente di voler subappaltare le lavorazioni rientranti nella categoria OG11, classifica I, importo euro 115.458,10 in violazione del limite di subappalto entro il 30%, limite che sarebbe desumibile dal

fatto che trattasi di lavorazione scorporabile, quindi a qualificazione obbligatoria, e di importo superiore al 15% del costo dell'appalto.

Al riguardo è bene precisare che il bando di gara, al punto 3.5., scompone il progettato intervento nelle seguenti lavorazioni:

- *Restauro e manutenzione dei beni immobili sottoposti a tutela – Categoria OG2 (Classifica I), Importo € 191.087,51;*
- *Impianti tecnologici – Categoria OG11 (Classifica I), Importo € 115.458,10.*

Il bando, al punto 3.6., altresì prevede che “*la categoria OG2 è subappaltabile nelle forme di legge; la categoria OG11 è scorporabile*”. L'istante lamenta la mancata esclusione dalla gara delle anzidette ditte concorrenti, in quanto queste hanno dichiarato di voler subappaltare la lavorazione OG11 in violazione del limite imposto dalla disciplina di settore. All'uopo l'istante richiama le norme di cui all'art. 72, comma 4, del D.P.R.554/1999 e l'art. 37, comma 11, del d.Lgs. n. 163/2006.

Ebbene, occorre in primo luogo dar conto della formula della norma di rango primario testè citata, secondo cui “*Qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità' tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, e qualora una o più di tali opere superi in valore il quindici per cento dell'importo totale dei lavori, se i soggetti affidatari non siano in grado di realizzare le predette componenti, possono utilizzare il subappalto con i limiti dettati dall'articolo 118, comma 2, terzo periodo*”(30%).

Venendo al caso di specie, si osserva preliminarmente che le lavorazioni di cui si compone l'appalto in oggetto (importo a base d'asta pari a euro 300.652,93) sono state individuate nella categoria prevalente OG2 (Classifica I), Importo €191.087,51 e nella categoria scorporabile OG11, classifica I, importo €115.458,10. Dal momento che quest'ultima categoria è a qualificazione obbligatoria, le relative lavorazioni possono essere realizzate esclusivamente da soggetti in possesso di adeguata qualificazione, e, inoltre, poiché il valore delle relative lavorazioni è superiore al 15% del costo dell'appalto, queste ultime possono essere subappaltate solo nei limiti dettati dalla suddetta disposizione. Pertanto, per le lavorazioni rientranti nella categoria OG11 deve ritenersi ammesso il subappalto, ma nel limite del 30%.

Le ditte in contestazione, prive delle necessarie qualificazioni nella categoria OG11, hanno violato i limiti di cui agli artt. 37 e 118 d.lgs. n. 163/2006 ritenendo di poter subappaltare le lavorazioni rientranti nella predetta categoria oltre i limiti di legge.

Per tale ragione, le suddette ditte non avrebbero potuto essere ammesse al prosieguo delle operazioni di gara.

In base a tutto quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che

la ditta ARKEO RESTAURI S.r.l. debba essere esclusa dalla gara in oggetto per non avere, prodotto le dichiarazioni dovute da entrambi i soci ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettere b) e c) ed m-ter) del d.lgs. n. 163/2006.

le contestate ammissioni alla gara delle quattro concorrenti (Marino Francesco Paolo, Ricciarello Carmelo, CO.GE.ZAF. S.r.l., Sgrò Alberto Alvaro Daniele) non siano conformi ai principi e alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Andrea Camanzi

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 28 maggio 2012

Il Segretario: Maria Esposito