

Parere n.20 del 5/08/2014

PREC 38/14/F

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. n. 163/2006 presentata da ST ITALIA S.r.l. - "Fornitura di automezzi per il servizio di viabilità". Criterio di aggiudicazione prezzo più basso – Importo a base di gara euro 162.295,08- S.A.: Provincia di Pisa.

Art. 38 d.lgs. n. 163/2006. Dichiarazione resa dal legale rappresentante di società di capitali con due soci titolari ciascuno del 50% del capitale.

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 10 febbraio 2014 è pervenuta l'istanza in epigrafe con la quale la ST ITALIA s.r.l. ha chiesto un parere in merito alla legittimità dell'esclusione che la provincia di Pisa ha disposto nei suoi confronti a causa della mancata compilazione, da parte di uno dei suoi due soci, della "dichiarazione B" relativa al possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38, comma 1 lettere b) e c) del d.lgs. n. 163/2006.

La società istante è una società di capitali avente due soci, detentori entrambi del 50% della quote sociali e la dichiarazione che avrebbe dovuto essere resa dal socio Luca Di Caro è stata, invece, presentata dal rappresentante legale Marco Privitera.

Quest'ultimo, infatti, ha dichiarato sotto la propria responsabilità di essere a diretta conoscenza che "il Signor Di Caro Luca Alfio, nato a Catania il 21.12.1980 e residente in San Gregorio di Catania Via Taormina n.17/B Codice Fiscale DCRLLF80T21C35, socio e proprietario del 50% del capitale sociale della Ditta ST ITALIA S.r.l. — p. IVA e Cod. Fiscale 05071760879:

- 1) non si trova nelle condizioni previste dall'art. 38, comma 1, lettere b) e c), del d. Lgs.163/2006;
- 2) non ha subito alcuna sentenza di condanna passata in giudicato, o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione ad una organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'art. 45 paragrafo 1), direttiva Ce 2004/18;
- 3) non è stato vittima dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203 o essendo stato vittima dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, di non avere omesso la denuncia dei fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689".

Sostiene la stazione appaltante, a motivo dell'esclusione, che il socio al 50%, in carica al momento della partecipazione alla gara, avrebbe potuto e dovuto sottoscrivere personalmente e direttamente la prescritta dichiarazione, non soccorrendo le ragioni di irreperibilità che stanno alla base delle dichiarazioni da rendersi nei confronti dei cessati dalla carica.

In seguito all'avvio del procedimento, comunicato con nota del 7 marzo 2014, la controinteressata OESSESERVICE S.r.l. e la provincia di Pisa, con note pervenute, rispettivamente, in data 17 marzo 2014 e in data 19 marzo 2014 hanno sostenuto e ribadito la legittimità delle operazioni di gara e dell'esclusione che qui si contesta.

Ritenuto in diritto

La questione oggetto di parere verte sulla legittimità o meno dell'esclusione adottata nei confronti della società istante per la carenza della "dichiarazione B", di cui all'art 38, comma 1, lett. b) e c) del d.lgs. n. 163/2006 da parte del socio al 50% Luca Di Caro, resa per suo conto dal rappresentante legale della società, anch'egli socio al 50%.

Per rispondere al quesito, occorre analizzare il contenuto dell'art. 38, d.lgs. n. 163/2006 nonché quanto previsto dalla *lex specialis*.

La norma in argomento, in particolare al comma 1, lett. b) e c), individua, tra coloro da escludere (ricorrendo le ipotesi descritte alle suddette lettere b) e c)), i seguenti soggetti: 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 o consorzio.

E con riferimento alla disciplina di gara, in particolare dall'analisi del modulo predisposto dalla stazione appaltante al fine di rendere le dichiarazioni sostitutive relativamente all'art. 38, comma 1, lett. b) e c) d.lgs. n. 163/2006, risulta che la stazione appaltante abbia, coerentemente con il dettato della norma, indicato l'elenco dei soggetti tenuti a rendere la necessaria dichiarazione.

Nel caso di specie, l'istante è una società di capitali con due soci, i quali detengono entrambi il 50% della partecipazione azionaria. Risulta evidente che, pur rientrando nella casistica di società con meno di quattro soci, non possa enuclearsi in capo alla stessa un socio di maggioranza.

A tale riguardo, l'AVCP ha ritenuto congruo e conforme allo spirito della norma richiedere che il controllo preventivo venga effettuato nei confronti di entrambi i soci in quanto essi sono, ciascuno per suo conto, espressione di una convergente potestà dominicale e direzionale della società (pareri di precontenzioso n.70/2012 e n.58/2012). Tale orientamento è stato, come evidenziato dalla provincia di Pisa, di recente accolto anche dalla giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale ha ritenuto che "le dichiarazioni di cui si tratta, richieste dall'art. 38, lettere b), c) ed m-ter del Codice, debbano essere rese da entrambi i soci partecipanti al 50% (...). Finalità della normativa è quella di assicurare che non partecipino alle gare, né stipulino contratti con le amministrazioni pubbliche, società di capitali con due o tre soci per le quali non siano attestati i previsti requisiti di idoneità morale in capo ai soci aventi un potere necessariamente condizionante le decisioni di gestione della società; dovendosi accedere ad un'interpretazione teleologica delle disposizioni de qua che, senza fermarsi al dato meramente letterale, si armonizzi con la ratio specifica della normativa sugli appalti pubblici, per la quale è ostativo il mancato possesso dei requisiti morali da parte di soci idonei a influenzare, in termini decisivi e ineludibili, le decisioni societarie. Un socio ha un tale potere quando per adottare le decisioni non si può prescindere dal suo apporto, assumendo di conseguenza questo potere efficacia determinante non soltanto in negativo, in funzione di veto, ma anche in positivo, in funzione di codeterminazione, poiché il socio che ha il potere di interdire l'adozione di una decisione è anche quello che deve concorrere perché sia adottata. Questa situazione si riscontra nel caso di due soci al 50% poiché nessuna decisione può essere presa se uno dei due è contrario mentre entrambi devono concordare su ciascuna decisione. Ciò rilevato risulterebbe contrastante con la ratio della normativa che nessuno dei due soci provveda alle dichiarazioni richieste dalla legge necessarie per il controllo dell'idoneità morale della società, pur potendo ciascuno dei due condizionare, da solo, le decisioni societarie, dovendosi quindi concludere che entrambi i soci devono rendere le dichiarazioni prescritte" (Cons. Stato, Ad. Plenaria 6 novembre 2013, n. 24).

Al fine di rispondere al quesito in esame, si richiama ancora l'orientamento del Consiglio di Stato (Sez. III, 01-07-2013, n. 3544) secondo cui: "in materia di gare pubbliche d'appalto la dichiarazione in ordine all'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 (Codice degli appalti) può essere resa da un unico legale rappresentante dell'impresa concorrente con riferimento espresso anche agli altri soggetti nei cui confronti il requisito va

comprovato. Ma a condizione che dalla stessa dichiarazione sia ricavabile l'indicazione analitica e nominativa dei predetti altri soggetti, non solo per consentire alla stazione appaltante di compiere le necessarie verifiche ma anche per l'assunzione di responsabilità del dichiarante per il caso di non veridicità di quanto attestato. Infatti la mancata indicazione dei nominativi dei soggetti diversi dal dichiarante riguardo ai quali si attesta l'insussistenza di cause ostative sul piano della moralità implica anche la mancata assunzione di responsabilità per il caso di non veridicità della dichiarazione che rappresenta il "proprium" del meccanismo dell'autocertificazione".

Infatti, "Secondo i principi generali in tema di rappresentanza, anche una dichiarazione di scienza può essere resa a mezzo di rappresentante. In tal senso, con specifico riferimento alle dichiarazioni di cui all'art. 38, codice appalti, la giurisprudenza di questo Consesso ha affermato che: - la mancata sottoscrizione delle dichiarazioni di cui all'art. 38 da parte di entrambi gli amministratori della società partecipante alla gara pubblica non integra alcun vizio ove la dichiarazione sia stata resa da uno dei legali rappresentanti della società aventi poteri di amministrazione con firma disgiunta ed è idonea ad impegnare la società, considerato che l'obbligo per l'impresa partecipante ad una gara pubblica di rendere le prescritte dichiarazioni può essere legittimamente assolto dal suo rappresentante legale anche avuto riguardo ai terzi, inclusi altri amministratori muniti di poteri di rappresentanza (Cons. St., sez. V, 27 maggio 2011, n. 3200); - l'obbligo della dichiarazione può ritenersi assolto dal legale rappresentante dell'impresa, con la specifica indicazione degli altri soggetti in carica, muniti di rappresentanza, immuni dai c.d. «pregiudizi penali» (Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7524; Id. 27 gennaio 2009, n. 521, ord.)". Inoltre: "Laddove il disciplinare afferma che la dichiarazione sostitutiva dovrà essere resa anche da tutti i soggetti indicati dall'art. 38, comma 1, lett. c), codice appalti, esso va interpretato nel senso che esige la dichiarazione anche con riferimento a tutti tali soggetti, ma non nel senso di escludere la possibilità di rendere dichiarazione a mezzo rappresentante, in deroga al principio generale che le dichiarazioni di scienza possono essere rese a mezzo di rappresentante". (Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. 20 giugno 2012, n. 3590)

Orbene, alla luce di quanto sopra riportato, fermo restando che il controllo preventivo in ordine alla sussistenza dei requisiti morali debba essere effettuato nei confronti di entrambi i soci di una società di capitali, la circostanza che nel caso di specie il rappresentante legale abbia reso, per conto dell'altro socio detentore di pari quote sociali, la dichiarazione circa l'assenza di cause ostative soggettive ex art. 38, comma 1, lettere b) e c) del d.lgs. 163/2006 indicando in modo esplicito il nominativo di detto soggetto, consente di ritenere idonea la dichiarazione in contestazione.

In base a quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, non conforme alla normativa di settore l'operato della stazione appaltante e conseguentemente illegittima l'esclusione disposta nei confronti della ditta ST ITALIA s.r.l..

Il Presidente: Raffaele Cantone

Depositato in data 2 settembre 2014

Il Segretario Maria Esposito