

Obblighi dichiarativi a corredo di un'offerta

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 13-12-2016

L'art. 38 del d.lgs. n. 163-2006, a seguito delle modifiche introdotte con la L. 12 luglio 2011, n. 106, di conversione del D.L. n. 70-2011, ha esteso l'obbligo di rendere le dichiarazioni di cui ai commi b), c) ed m-ter), tra gli altri, anche "al socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci", in ossequio alla ratio di estendere l'obbligo dichiarativo dell'insussistenza di pregiudizi penali, non solo all'amministratore de iure, ma anche ai soci che detengono il controllo di fatto della società.

Pertanto, in specifico, l'obbligo dichiarativo incombe su entrambi i soci partecipanti al 50% del capitale, poiché entrambi hanno un potere decisionale condizionante, dal momento che in nessuno caso le decisioni societarie possono essere adottate senza i rispettivi apporti, sia in negativo che in positivo.

Guida alla lettura

La pronuncia oggetto di nota sviluppa il proprio principio di diritto attorno alla portata applicativa dell'art. 38 comma 1 lett. b), c), m ter) D.lgs. n. 163/2006, soprattutto a seguito delle modifiche introdotte dalla L. 12 luglio 2011 n. 106 (di conversione del D.l. n. 70/2011), ai sensi del quale l'obbligo di corredare l'offerta con le dichiarazioni concernenti la moralità professionale va esteso anche al socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci.

In buona sostanza, l'obbligo di dichiarare l'insussistenza di pregiudizi penali non riguarda solo la figura dell'amministratore *de iure*, bensì anche i soci che di fatto detengono il controllo della società.

Detto principio risulta cristallizzato dalla Adunanza Plenaria 6 novembre 2013 n. 24 a tenore della quale **nelle società composte da due soci titolari del 50% del capitale sociale entrambi sono obbligati a rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38 del Codice dei contratti pubblici.**

Nel dettaglio, il Collegio precisa che l'espressione "socio di maggioranza" utilizzata dal legislatore nella struttura della disposizione normativa citata si riferisce, oltre che al socio

titolare di più del 50% del capitale sociale, ai due soci titolari rispettivamente del 50% del capitale sociale, ovvero, in caso di 3 soci, al socio titolare del 50%, atteso che **la ratio della prescrizione legislativa risiede nella necessità di garantire che non partecipino alla gara concorrenti in forma societaria i cui soci in grado di influenzare le decisioni societarie siano sprovvisti dei requisiti morali minimi previsti dalla legge.**

Detto approdo interpretativo risulta coerente con il principio di tassatività delle clausole di esclusione, poiché l'individuazione dei soggetti obbligati al rilascio di tali dichiarazioni è individuato a monte: ne deriva che il mancato ottemperamento di tale obbligo produce esclusione dalla gara per mancato adempimento delle prescrizioni codicistiche.

Riassuntivamente, per tutte le gare successive alla data di pubblicazione della sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 24/2013 devono considerarsi esclusi dalle gare tutti quei concorrenti che non soddisfino gli oneri dichiarativi nei termini e nelle modalità appena indicate, salva l'applicabilità dello strumento del soccorso istruttorio così come rideterminata dall'art. 39 D.l. n. 90/2014.

La previsione di cui alle predette lettere dell'art. 38 D.lgs. 163 cit., così come inserita dalla L. n. 106/2011, è oggi refluita nel nuovo Codice degli appalti pubblici: nel dettaglio, l'art. 80 comma 3 D.lgs. n. 50/2016 espressamente statuisce che *“l'esclusione di cui al comma 1 (involgente i casi di condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p.) va disposta se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti...del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci”*.

L'intervento riformatore apportato dal nuovo Codice, tuttavia, mette in evidenza taluni elementi distintivi: in particolare, nonostante l'allargamento dell'ambito applicativo della norma (inizialmente ristretto alle sole “cause di esclusione comunitarie”) ad alcune fattispecie indicate dal vecchio art. 38 cit., per la nuova disposizione non ogni reato grave incidente sulla moralità professionale è causa di esclusione dalla gara, ma solo quei titoli di reato espressamente menzionati.

Si segnala, inoltre, che mentre per la vecchia normativa i reati diventavano irrilevanti solo in caso di riabilitazione o altre cause estintive, l'attuale Codice appalti prescrive l'irrilevanza dei reati, oltre che per avvenuta riabilitazione, in caso di decorso un periodo massimo temporale (art. 80 comma 10 D.lgs. 50/2016).

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2968 del 2016, proposto da:

Italservice Srl in proprio e quale capogruppo mandataria RTI, RTI Sud Service Srl, RTI ConsTruens Società Consortile a Responsabilità Limitata, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Francesco Paolo Bello C.F. BLLFNC75C29A662O, con domicilio eletto presso Arnaldo Del Vecchio in Roma, viale Giuseppe Mazzini, 73;

contro

Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Vincenzo Augusto C.F. GSTVCN42L14A662H e Roberto D'Addabbo C.F. DDDRRT71D23A662R, con domicilio eletto presso Vincenzo Augusto in Roma, viale Mazzini, 73, Scala B, Int.2;

nei confronti di

Camera di Commercio Industria Artigianato e Agricoltura (CCIAA) di Bari, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Sabino Persichella C.F. PRSSBN71C27A662B, con domicilio eletto presso A. Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, n. 00253-2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di facility management - Risarcimento dei danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop e di Camera di Commercio Industria Artigianato e Agricoltura (CCIAA) di Bari;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 ottobre 2016 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Francesco Paolo Bello, Roberto D'Addabbo e Sabino Persichella;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Bari, Sez. I, con la sentenza 24 febbraio 2016, n. 253, ha accolto il ricorso proposto dall'attuale parte appellata Consorzio Nazionale Servizi soc. coop. a r.l., annullando la determinazione dirigenziale n. 322 del 17 ottobre 2014 comunicata alla ricorrente con nota prot. 52122 del 17 ottobre 2014 trasmessa a mezzo PEC in pari data e il verbale di gara n.1 del 15.04.2014 nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dalla gara d'appalto del R.T.I. facente capo alla ditta Italservice s.r.l.

Il TAR ha, inoltre, condannato l'Amministrazione al risarcimento del danno per lucro cessante, limitatamente all'intervento di sostituzione delle pompe di calore, da rapportarsi all'utile di impresa che ha determinato in via equitativa, in mancanza di prova specifica sul punto, nella misura del 5% del prezzo offerto dal C.N.S. per l'intervento in questione.

Il TAR ha rilevato sinteticamente che:

- Le dichiarazioni di sussistenza dei requisiti morali di cui all'art. 38 del codice degli appalti sono state rese dal solo Amministratore Unico della Ten.Der. s.r.l., omettendo ogni riferimento ai soci di maggioranza (L. Tenerelli e G. Derosa);

- Nemmeno può ritenersi, che le dichiarazioni rese dall'Amministratore Unico avesse valore di dichiarazione cumulativa, atteso che l'insussistenza delle cause di esclusione in oggetto è stata dichiarata solo "nei propri confronti", senza alcun riferimento alla compagine societaria, neppure genericamente richiamata;

- Alle omissioni evidenziate non potevano sopperire per il socio L. Tenerelli le dichiarazioni sul possesso dei requisiti morali rese in altra veste (ovvero quale Presidente del Consiglio di amministrazione della Cons. Truens. Soc. consortile a r.l.); per l'altro socio al 50% G. Derosa l'autocertificazione antimafia resa n.q. di Sindaco effettivo della ditta Ariete soc. coop., consorziata del ricorrente Consorzio Nazionale Servizi, agli atti di gara;

- In particolare, per il Derosa l'onere dichiarativo in questione non può ritenersi assolto dalla circostanza della produzione agli atti di gara della sola autocertificazione antimafia, avendo la dichiarazione omessa diversa e più ampia estensione oggettiva.

L'appellante contestava la sentenza impugnata deducendo i seguenti motivi di appello:

- Error in iudicando. Violazione e falsa applicazione della lex specialis. Erroneità della sentenza nella parte in cui sostiene che gli atti di gara prevedessero l'obbligo per entrambi i soci al 50% di presentare la dichiarazione in ordine all'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38, comma 2, lett. b), c) ed m-ter) d.lgs. n. 163-2006. Travisamento dei fatti. Erroneità manifesta. Insussistenza della paventata causa di esclusione;

- Error in iudicando. Violazione e omessa applicazione dell'art. 46 d.lgs. n. 163-2006. Erroneità della sentenza nella parte in cui ha rilevato come fosse inutilizzabile nel caso di specie l'istituto del soccorso istruttorio;

- Error in iudicando. Erronea applicazione dell'art. 38 d.lgs. n. 163-2006. Omessa valutazione ai fini interpretativi delle modifiche ed integrazioni apportate all'art. 38 d.lgs. 163-2006 dal D.L. n. 90-2014.

Con l'appello in esame si chiedeva la reiezione del ricorso di primo grado.

Si costituiva la parte appellata Scaringella S.r.l. chiedendo la reiezione dell'appello.

All'udienza pubblica del 27 ottobre 2016 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Oggetto del giudizio è la gara d'appalto, indetta dalla Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Bari, in virtù di determinazione dirigenziale n. 7/GRP del 17.01.2014, per l'affidamento del servizio di "Esternalizzazione dei servizi di facility management tramite contratto di Global Service", per la durata di 3 anni, e per un importo complessivo a base d'asta di € 2.604.140,00 IVA esclusa, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, cui hanno preso parte 8 ditte.

All'esito delle operazioni di gara, con determinazione dirigenziale n. 322 del 17.10.2014, la C.C.I.A.A. di Bari ha provveduto ad aggiudicare definitivamente l'appalto al R.T.I. facente capo alla ditta appellante ITAL SERVICE S.r.l., mentre il CNS Soc. Coop. appellato si è classificato secondo.

Dalla documentazione amministrativa prodotta in gara dal R.T.I. aggiudicatario è emerso che lo stesso andava escluso, non essendo stata prodotta la dichiarazione ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. b), c) ed m-ter) d.lgs. n. 163-2006 da parte dei 2 soci di maggioranza (nella specie titolari di quote paritarie del 50% del capitale sociale) della ditta TEN.DER. S.r.l., impresa consorziata per cui la CONS.TRUENS Società Consortile a r.l. ha dichiarato di concorrere.

Il TAR ha, per tale motivo, accolto il ricorso proposto dal CNS Soc. Coop. Appellato,

classificato secondo.

2. Rileva il Collegio che l'art. 38 del d.lgs. n. 163-2006, a seguito delle modifiche introdotte con la L. 12 luglio 2011, n. 106, di conversione del D.L. n. 70-2011, ha esteso l'obbligo di rendere le dichiarazioni di cui ai commi b), c) ed m-ter), tra gli altri, anche "al socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci", in ossequio alla ratio di estendere l'obbligo dichiarativo dell'insussistenza di pregiudizi penali, non solo all'amministratore de iure, ma anche ai soci che detengono il controllo di fatto della società.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione del 6 novembre 2013, n. 24 (intervenuta prima dell'indizione della gara in esame) ha definitivamente acclarato che, nel caso di società composta da due soci titolari del 50% del capitale sociale, entrambi sono obbligati a rendere la dichiarazione di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici.

L'Adunanza Plenaria, in detta decisione ha stabilito che l'espressione socio di maggioranza di cui alle lett. b), c) e m-ter) dell'art. 38, comma 1, d.lgs. n. n. 163-2006 si intende riferita, oltre che al socio titolare di più del 50% del capitale sociale, anche ai due soci titolari ciascuno del 50% del capitale sociale o, se i soci sono tre, al socio titolare del 50%, muovendo dal presupposto che, attraverso l'obbligo delle dichiarazioni per il socio di maggioranza, la norma vuole garantire che non partecipino alla gara concorrenti in forma societaria i cui soci idonei ad influenzare, in termini decisivi e ineludibili, le decisioni societarie, non posseggano i requisiti morali minimi previsti dalla legge.

Pertanto, in specifico, l'obbligo dichiarativo incombe su entrambi i soci partecipanti al 50% del capitale, poiché entrambi hanno un potere decisionale condizionante, dal momento che in nessuno caso le decisioni societarie possono essere adottate senza i rispettivi apporti, sia in negativo che in positivo.

L'Adunanza Plenaria ha, inoltre, asserito che tali conclusioni sono coerenti con la normativa sulla tipizzazione e tassatività delle clausole di esclusione, poiché individuano preventivamente e precisamente i soci obbligati alle dichiarazioni prescritte.

Pertanto, la mancata dichiarazione da parte di tali soggetti si configura quale ragione di esclusione per "mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice" (art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163-2006).

Ritiene il Collegio che per le gare indette successivamente al 6 novembre 2013 (data di pubblicazione della decisione dell'Adunanza Plenaria n. 24-2013) la regola enunciata costituisca l'interpretazione univoca ed uniforme della legge cui le stazioni appaltanti devono attenersi, con la conseguenza che devono essere esclusi dalle gare i concorrenti che non ottemperino agli oneri dichiarativi nei termini di cui sopra, naturalmente fatta salva l'operatività dell'art. 39 D.L. n. 90-2014, ove ne ricorrano i presupposti.

Ritiene, tuttavia, il Collegio che nei casi come quello in esame, ove la decisione dell'Adunanza Plenaria sopraggiunga a poca distanza dalla data di indizione del bando e dove il tenore letterale della lex specialis non è inequivocabile nello statuire l'esclusione in un caso come

quello di specie relativo ai due soci titolari ciascuno del 50% del capitale sociale, sia possibile, e anzi auspicabile, il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio ex art. 46 d.lgs. n. 163-2006 per sanare le omissioni delle dichiarazioni di entrambi i soci al 50%.

3. Nella fattispecie è incontestabile che la ditta Ten.Der S.r.l., al momento della partecipazione alla gara, oltre ad avere come Amministratore Unico e legale rappresentante il sig. Pettinelli David, fosse composta da due soci, Tenerelli Livio e De Rosa Giuseppe, entrambi titolari del 50% del capitale sociale.

In sede di gara, per la predetta ditta Ten.Der S.r.l. la dichiarazione ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. b), c) ed m-ter) d.lgs. n. 163-2006 è stata resa unicamente dall'Amministratore Unico sig. David Pettinelli, peraltro attestandosi l'insussistenza delle cause di esclusione in oggetto solo "nei propri confronti", senza alcun riferimento, quindi, anche ai soci o, comunque, ad eventuali altri soggetti neppure genericamente richiamati (doc. n. 9 resistente primo grado).

David Pettinelli ha, infatti, espressamente riferito nella relativa dichiarazione l'insussistenza di tali cause solo nei confronti di se stesso, omettendo di dichiarare – su esplicita richiesta del modulo di domanda – la presenza dei due soci titolari del 50% del capitale sociale.

E' altrettanto incontestabile, tuttavia, che entrambi i soci possedessero i requisiti generali ex art. 38 d.lgs. 163-2006, come dimostra peraltro anche l'acquisizione postuma della dichiarazione mancante da parte della stazione appaltante avvenuta in data 11.12.2014.

4. E' vero che, nel caso di specie, non può utilizzarsi il soccorso istruttorio di cui al D.L. n. 90-2014 anche per gare indette ed espletate antecedentemente all'entrata in vigore della novella, come di recente chiarito da questo Consiglio, secondo cui quanto previsto dal comma 3 dell'art. 39 del D.L. n. 90-2014, convertito con modificazioni dalla L. n. 114-2014, le disposizioni di cui ai precedenti commi 1 e 2, sostanzialmente invocate dall'appellante a sostegno della asserita sanabilità dell'omissione contestata, si applicano alle procedure di affidamento indette successivamente alla data di entrata in vigore del decreto legge e quindi non sono applicabili all'appalto de qua, la cui procedura è stata avviata nel 2013 (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 3 dicembre 2014, n. 5972).

Tuttavia, la novella legislativa di cui al citato D.L. n. 90-2014 registra e formalizza, positivizzandolo con un certo procedimento, un principio sostanzialistico nella valutazione dei requisiti per partecipare alle gare pubbliche, già immanente a livello comunitario (ancora prima delle recenti Direttive nn. 23, 24 e 25 del 2015), che vuole evitare di escludere dal gioco concorrenziale, cui beneficia l'intero mercato degli appalti pubblici, soggetti imprenditoriali privi di requisiti soltanto formali.

Nel caso in esame, è evidente che l'esclusione sarebbe disposta soltanto per una mera inosservanza formale, in un quadro di regole peraltro non chiaro e, se osservato sotto il profilo della *lex specialis*, per giunta equivoco, contrario a tali principi esegetico-interpretativi di carattere sostanziale che, inducono invece a ritenere doveroso e possibile un soccorso istruttorio in un caso come quello in esame.

5. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso di primo grado.

L'accoglimento dei motivi di appello suindicati, travolgendo la statuizione di accoglimento del TAR, comporta il rigetto delle domande risarcitorie (in forma specifica e per equivalente) formulate dal Consorzio odierno appellato.

Le spese di lite del doppio grado di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta),

Definitivamente pronunciando sull'appello principale come in epigrafe indicato, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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