Parere n.4 del 08/02/2012

PREC 228/11/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Università della Tuscia - Procedura negoziata con pubblicazione del bando per l'affidamento del servizio di ritiro e smaltimento rifiuti speciali, pericolosi, liquidi e solidi, prodotti nei complessi dell'Università della Tuscia - Importo a base d'asta € 98.500,00 - S.A.: Università della Tuscia

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

L'Università della Tuscia ha presentato in data 19.9.2011 l'istanza di parere in oggetto indicata, con cui ha chiesto l'avviso dell'Autorità in merito alla legittimità dell'aggiudicazione provvisoria pronunciata a favore della Gea Consulting srl.

L'istante ha rappresentato di aver bandito una gara per l'affidamento del servizio di ritiro e smaltimento rifiuti speciali, pericolosi, liquidi e solidi, prodotti nei complessi dell'Università della Tuscia. All'esito delle operazioni di gara la Commissione ha proposto l'aggiudicazione provvisoria a favore della Gea Consulting srl, avendo quest'ultima presentato il maggior ribasso sul prezzo posto a base di gara.

L'altra concorrente, la Econet srl, ha censurato la predetta aggiudicazione e la stessa ammissione alla gara della Gea Consulting srl per violazione dell'art. 38, comma 1, lett. b) e c) D.Lgs. 163/2006, in quanto le dichiarazioni ivi previste sono state presentate esclusivamente dal socio unico e presidente del consiglio di amministrazione e non anche dall'altro membro del consiglio di amministrazione.

Secondo la stazione appaltante la Commissione di gara avrebbe operato correttamente, in quanto avrebbe basato le proprie valutazioni sulle risultanze delle dichiarazioni presentate dai concorrenti a corredo dell'offerta. Non essendo stata richiesta la presentazione della visura camerale o di altro documento da cui potesse evincersi la compagine societaria della concorrente, la Commissione di gara in seduta pubblica non avrebbe potuto accertare la veridicità e completezza delle dichiarazioni pervenute.

Successivamente alle doglianze presentate in sede di gara dalla Econet srl, sono state effettuate delle verifiche dalle quali è risultato che la Gea Consulting srl è una società a responsabilità limitata con socio unico, che ha adottato un sistema di amministrazione pluripersonale, individuale, disgiuntiva. A parere della stazione appaltante, per questo tipo di società le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c) D.Lgs. 163/2006 debbono essere presentate unicamente dal socio unico, in quanto il D.L. 13.5.2011 n. 70 ha novellato il testo del citato art. 38 con " *l'effetto di limitare e circostanziare i soggetti tenuti a rendere la dichiarazione* ".

A seguito dell'istruttoria documentale avviata dall'Autorità, la Econet srl ha ribadito le proprie censure avverso l'aggiudicazione provvisoria, ritenendola illegittima per violazione dell'art. 38, comma 1, lett. b) e c) D.Lgs. 163/2006. Secondo la società non può essere data alcuna rilevanza alle deduzioni formulate dalla stazione appaltante in merito alle modifiche del citato art. 38 conseguenti all'entrata in vigore del D.L. 70/2011, in quanto la novella non ha ristretto l'ambito di applicazione delle disposizioni in esame, ma lo ha esteso, prevedendo che le cause di esclusione ivi contemplate assumono rilievo non solo se riferite agli amministratori muniti di rappresentanza ed al direttore tecnico, ma anche se riferite al socio unico ovvero al socio di maggioranza nel caso di società con meno di quattro soci.

Ha partecipato al contraddittorio documentale anche la Gea Consulting srl, la quale ha sostenuto la correttezza dell'operato della stazione appaltante in base alla considerazione che sono tenuti a rendere le dichiarazioni dell'art. 38 in esame tutti i soggetti che all'interno di una società hanno la legale rappresentanza o sono titolari di poteri institori, " *non rivestendo il sig. Roberto d'Ambrosio la carica di amministratore non vi era alcun obbligo per la società di produrre in relazione a tale soggetto la dichiarazione in questione* ". Sul punto la società ha precisato che quest'ultimo, nella qualità di consigliere della Gea Consulting srl, ha esclusivamente il potere di proporre il compimento di tutti gli atti ritenuti opportuni per l'attuazione ed il raggiungimento dell'oggetto sociale, " *il predetto, quindi non riveste in alcun modo la carica di amministratore della società e, pertanto, non ha alcun potere di rappresentanza né di deliberare in qualsiasi ambito di attività della predetta società* ".

Ritenuto in diritto

La questione sottoposta al vaglio dell'Autorità attiene alla legittimità dell'ammissione in gara e della successiva aggiudicazione pronunciata a favore del concorrente, che ha presentato le dichiarazioni previste dall'art. 38, comma 1, lett. b) e c) D.Lgs. 163/2006 soltanto per il socio unico e non anche per tutti i membri del consiglio di amministrazione.

Al riguardo occorre preliminarmente considerare che in virtù dell'art. 38, comma 1, lett. b) e c) D.Lgs. 163/2006 sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti nei cui confronti è pendente il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione ex art. 3 l. 1423/56 o di una delle cause ostative ex art. 10 l. 575/1965 ed i soggetti nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile oppure sentenza di applicazione della pena ex art. 444 cpc per i reati indicati dalla stessa norma in esame.

Il legislatore del D.L. 70/2011 ha ampliato il campo di applicazione delle disposizioni in esame, individuando i soggetti nei cui confronti rileva l'esistenza di una delle predette cause di esclusione non solo - per quanto qui interessa - nelle persone degli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o del direttore tecnico, come era prima della novella, ma anche nelle persone del socio unico e del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci.

Conseguentemente, stante il dettato dell'art. 38, comma 1, lett. b) e c) D.Lgs. 163/2006, non è condivisibile la tesi della stazione appaltante e della Gea Consulting srl, secondo cui il citato D.L. avrebbe limitato il campo soggettivo di applicazione delle disposizioni in esame al solo socio unico del concorrente che partecipa alla gara. Tale conclusione, infatti, contrasta sia con il tenore letterale dell'art. 38, comma 1, lett. b) e c) sia con la *ratio legis* che sorregge le disposizioni in esame.

L'Autorità ha già osservato al riguardo che quest'ultima risiede nell'esigenza di verificare l'affidabilità dell'operatore economico, riscontrando l'assenza nei suoi confronti di ostacoli di natura etica all'aggiudicazione del contratto, " *al fine di evitare che la Pubblica Amministrazione contratti con soggetti la cui condotta illecita sia valutata incompatibile con la realizzazione di progetti d'interesse collettivo e con l'esborso di denaro pubblico* " (cfr. AVCP, determinazione n. 1 del 12.1.2010, parere n. 171 del 20.10.2010). La prassi dell'Autorità e la giurisprudenza amministrativa hanno ritenuto che il fondamentale criterio da seguire in sede applicativa per individuare i soggetti tenuti a rendere le dichiarazioni in esame è quello di ricercare all'interno dello statuto o del certificato di iscrizione alla Camera di Commercio dell'operatore economico i soggetti dotati di rappresentanza. Ciò in quanto, indipendentemente dalla titolarità dei poteri di gestione societaria, costoro sono comunque in grado di trasmettere con il proprio comportamento la riprovazione dell'ordinamento nei riguardi della loro personale condotta al soggetto rappresentato (cfr. AVCP pareri n. 5 del 15.01.2009 e n. 35 del 11.03.2009; TAR Lazio, Sez. II, n. 7072 del 9.8.2011, Consiglio di Stato, sez. V, n. 6114 del 7.10.2009). Più precisamente, con riferimento al citato art. 38, comma 1, lett. c) l'Autorità ha sottolineato che " *la condanna penale dei titolari, amministratori o del direttore tecnico dell'impresa (...) costituisce circostanza incidente sull'affidabilità professionale dell'operatore economico nel suo complesso, nel senso che, dalla stessa, stante la rilevanza ed il ruolo del condannato nell'organizzazione aziendale e delle decisioni da esso assunte, deriva un'attenuazione della moralità complessiva dell'impresa concorrente ed una limitazione della sua capacità di partecipare alle gare ed alla stipulazione dei contratti di appalto* " (cfr. AVCP, determinazione n. 1 del 12.1.2010).

Venendo al caso in esame, dalla visura camerale della Gea Consulting srl emerge che: (i) la società è a responsabilità limitata con socio unico; (ii) la società adotta un sistema di amministrazione pluripersonale individuale disgiuntiva; (iii) il sig. Guido Gostoli è socio unico e presidente del consiglio di amministrazione, il sig. Roberto D'Ambrosio è membro del consiglio di amministrazione; (iv) l'organo amministrativo gestisce l'impresa sociale e compie tutte le operazioni necessarie per il raggiungimento dell'oggetto sociale, ad eccezione delle materie riservate ai soci dall'art. 2479 c.c. e dallo statuto; (v) la rappresentanza della società di fronte ai terzi ed anche in giudizio spetta indistintamente a tutti gli amministratori della società.

La visura camerale della Gea Consulting srl evidenzia, quindi, che il sig. Roberto D'Ambrosio è amministratore della società e come tale dotato di poteri di rappresentanza.

Conseguentemente quest'ultimo avrebbe dovuto dichiarare di non trovarsi in alcuna delle cause di esclusione di cui alle lettere b) e c) dell'art. 38, comma 1, D.Lgs. 163/2006, ma ciò non si riscontra e pertanto la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere la Gea Consulting srl dalla gara *de qua*.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'ammissione alla gara della Gea Consulting srl e la successiva aggiudicazione provvisoria pronunciata a favore di quest'ultima violino l'art. 38, comma 1, lettere b) e c) D.Lgs. 163/2006.

I Relatori: Cons. Giuseppe Borgia Pres. f.f. Sergio Santoro

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 febbraio 2012

Il Segretario: Maria Esposito