

DELIBERA N. 19

13 gennaio 2021.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dal Comando Brigata Alpina Taurinense – Direzione di Intendenza – Sistema dinamico di acquisizione per la fornitura quadriennale di derrate alimentari per gli enti della Brigata Alpina Taurinense – Importo a base di gara lotto 4: euro 852.308,07 – S.A.: Comando Brigata Alpina Taurinense
PREC 257/2020/F

Riferimenti normativi

Articolo 80, co. 3 e co. 5 lett. m) d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Requisiti morali – socio di minoranza – persona giuridica – controllo indiretto – cause di esclusione – tassatività

Massima

Requisiti morali – verifiche in capo al socio di minoranza persona giuridica – non previste dalla norma – controllo indiretto – tassatività delle cause di esclusione

La stazione appaltante può estendere gli obblighi dichiarativi al socio di minoranza della società concorrente con meno di quattro soci, e ricollegare a tali dichiarazioni la sanzione espulsiva nel rispetto del principio di tassatività delle cause di esclusione, solo nell'ipotesi in cui sia stato accertato che tale socio detiene il controllo indiretto della società concorrente attraverso un gioco di partecipazioni societarie, non rappresentando un mero socio di minoranza ma il *dominus* di fatto di tale società.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 13 gennaio 2021



DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 94139 del 10 dicembre 2020 e relativa memoria, con la quale la stazione appaltante Comando Brigata Alpina Taurinense – Direzione di Intendenza – chiede parere all'Autorità in merito agli esiti delle verifiche effettuate in capo alla ditta risultata aggiudicataria del lotto 4 della gara in oggetto. In particolare la S.A. rappresenta che, a seguito dell'aggiudicazione ____Omissis____ S.r.l., venivano effettuate le verifiche dei requisiti di moralità di cui all'art. 80 d.lgs. 50/2016 in capo all'amministratrice unica e socia di maggioranza al 54,55% ____Omissis____, dalle quali risultava l'assenza di elementi ostativi alla partecipazione. In fase di stipula del contratto, tuttavia, emergeva che sul conto corrente societario era autorizzato a operare anche il Sig. ____Omissis____, amministratore unico della ____Omissis____ S.r.l., e che tale società risultava essere socia di minoranza dell'aggiudicataria per il restante 45,45%. La stazione appaltante rilevava che quest'ultima società risultava anche amministratrice della ____Omissis____ & C. S.n.c., società presso la quale era socio amministratore fino al 25 novembre 2020 il Sig. ____Omissis____, poi cessato dalla carica, il quale risulta anche "____Omissis____ L'istante riferisce quindi che, data l'evidente commistione di cariche societarie, veniva disposta l'effettuazione delle verifiche di cui all'art. 80 d.lgs. 50/2016 anche in capo all'amministratore unico della società ____Omissis____. All'esito di tali controlli, da cui emergevano precedenti penali rilevanti a carico dell'amministratore unico, la S.A. riteneva di sospendere la fase di stipula del contratto e chiedere un parere all'Autorità in ordine alla possibilità di escludere l'operatore economico ____Omissis____ S.r.l. dalla gara;

CONSIDERATO quanto rilevato dalla S.A., che ravvisava un collegamento sostanziale fra la società concorrente e la società socia di minoranza della prima, dato dall'intreccio parentale fra organi rappresentativi tale da ricondurre a un centro decisionale unitario. Sebbene le società non siano concorrenti nella medesima gara, tale collegamento si qualificherebbe, secondo l'istante, come "pericolo presunto", dati i gravi precedenti penali risultati in capo all'amministratore unico della società socia di minoranza della concorrente. Con l'occasione, la S.A. richiama l'Atto di Segnalazione dell'Autorità n. 5 del 12 dicembre 2018, concernente l'opportunità di prevedere a livello normativo un'estensione dei controlli dei requisiti morali di cui all'art. 80 d.lgs. 50/2016, da riferire anche ai soci "persone giuridiche" dei concorrenti proprio al fine di impedire che, tramite l'interposizione anche di una sola società, un soggetto con precedenti penali possa accedere agli appalti pubblici;

VISTO l'avvio del procedimento con nota prot. n. 95224 del 15 dicembre 2020;

VISTO l'art. 80, comma 3 del d.lgs. 50/2016, a tenore del quale «L'esclusione di cui ai commi 1 e 2 va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti: [...] dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi istitori e procuratori generali, dei membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro [...]»; e il comma 5 che, al fine di garantire che nelle gare pubbliche siano rispettati i principi di segretezza e serietà delle offerte e di leale ed effettiva competizione, dispone l'esclusione nel caso in cui: «m) l'operatore economico si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale»;



VISTO l'Atto di Segnalazione n. 5/2018, con il quale l'Autorità, nel premettere che l'art. 80 del d.lgs. 50/2016 individua al comma 3 i soggetti nei cui confronti rileva il cd. "pregiudizio penale", osservava però che appariva controversa l'interpretazione da dare alla locuzione "persona fisica" e all'espressione "socio di maggioranza". Sembrava infatti dubbia la possibilità di verificare la sussistenza dei requisiti di moralità anche in capo al socio persona giuridica. L'Autorità evidenziava che il mancato riferimento della norma alle partecipazioni indirette rischiava di vanificare l'efficacia della norma;

VISTA la giurisprudenza più recente e maggioritaria (Cons. Stato Sez. III, 26 ottobre 2020, n. 6530; Sez. V, 2 ottobre 2020, n. 5782; Sez. V, 7 settembre 2020, n. 5370; Sez. V, n. 20 novembre 2019, n. 7922; Sez. III, 21 luglio 2017, n. 3619), la quale evidenzia che la dichiarazione non è dovuta da parte del socio unico persona giuridica, in quanto non contemplato dall'art. 80, comma 3 d.lgs. 50/2016, e che però parte della giurisprudenza, nella vigenza del d.lgs. 163/2006, aveva ritenuto di estendere l'obbligo dichiarativo al socio di maggioranza persona giuridica della società offerente (Cons. Stato, Sez. III 2 marzo 2017, n. 975; Sez. V 23 giugno 2016, n. 2813);

CONSIDERATO che l'art. 80, comma 3 d.lgs. 50/2016 non prevede che la dichiarazione sia resa da parte del socio di minoranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, e non ricollega quindi alcuna sanzione espulsiva all'accertamento di precedenti penali in capo al soggetto che rivesta il ruolo di amministratore unico della società o socio di minoranza della ditta concorrente. Come rilevato dalla giurisprudenza (Cons. Stato, Ad. Plenaria n. 24/2013) la finalità della normativa attinente alle dichiarazioni sui requisiti morali 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»;

CONSIDERATO che la giurisprudenza è unanime nel ritenere che gli obblighi dichiarativi che incombono *ex lege* sul concorrente si estendono anche al soggetto che, pur risultando formalmente socio di minoranza della società partecipante ad una pubblica gara, ne detenga comunque il controllo indiretto attraverso un gioco di partecipazioni societarie, non rappresentando un mero socio di minoranza ma il *dominus* di fatto di tale società (Cons. Stato, Sez. V, Sent. 28 agosto 2017, n. 4077 richiamata da Cons. Stato Sez. V, Sent. 21 gennaio 2020, n. 474; Sez. V, Sent. 9 gennaio 2020, n. 173; T.A.R. Lombardia Milano Sez. IV, Sent. 10 gennaio 2020, n. 69);

CONSIDERATO che, nel caso di specie, le imprese collegate non partecipavano entrambe alla medesima procedura di gara, per cui non rileva la norma che ricollega l'espulsione all'ipotesi di offerte riconducibili ad un unico centro decisionale;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che:



- la stazione appaltante può estendere gli obblighi dichiarativi al socio di minoranza della società concorrente con meno di quattro soci, e ricollegare a tali dichiarazioni la sanzione espulsiva nel rispetto del principio di tassatività delle cause di esclusione, solo nell'ipotesi in cui sia stato accertato che tale socio detiene il controllo indiretto della società concorrente attraverso un gioco di partecipazioni societarie, non rappresentando un mero socio di minoranza ma il *dominus* di fatto di tale società.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 20 gennaio 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente