



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Parere n.73 del 28/10/2014

PREC 140/2014/F

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 presentata dalla società NORAP srl – Procedura aperta per l'affidamento della fornitura e posa in opera di attrezzature tecniche per isole ecologiche nel comune di Castelnuovo di Napoli – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d'asta € 515.961,91 oltre oneri di sicurezza ed IVA – S.U.A.: Ministero delle infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato interregionale per le OO.PP. Campania-Molise

Omissione obblighi dichiarativi – Socio al 50% – Esclusione dalla gara – Soccorso istruttorio

Le dichiarazioni richieste dall'art. 38, lett b) e c) ed m-ter d.lgs. 163/2006 devono essere rese da entrambi i soci partecipanti al 50% al capitale sociale.

La disposizione dell'art. 46, nella versione anteriore alla novella introdotta dall'art. 39 d.l. 24 giugno 2014 n. 90, convertito dalla legge 11 agosto 2014 n.114, non consente alla stazione appaltante l'esercizio del soccorso istruttorio in presenza di dichiarazioni radicalmente mancanti, attesa la lesione del principio di *par condicio*.

Artt. 38, comma 1, lett. b) ed c) e 46, comma 1, d.lgs. 163/2006

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 14.4.2014 è pervenuta l'istanza di parere prot. n.4650 del 14.4.2014, con cui la società NORAP s.r.l. censura sia il provvedimento di esclusione dalla procedura indicata in oggetto sia quello di aggiudicazione a favore di altra concorrente, ritenendoli entrambi illegittimi.

In particolare, con la prima doglianza la società contesta la propria esclusione, motivata in ragione del fatto che uno dei due soci al 50% non ha prodotto le dichiarazioni ex art. 38, comma 1, lett. b) ed c) d.lgs. 163/2006; con la seconda doglianza, lamenta il mancato esercizio del c.d. potere di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante ex art. 46 d.lgs. 163/2006, la quale avrebbe dovuto consentire alla società di integrare la documentazione presentata, ciò in considerazione dell'ambiguità della *lex specialis*, che non ha chiaramente definito la nozione "socio di maggioranza"; con la terza doglianza, infine, censura l'aggiudicazione pronunciata a favore di altra concorrente, che avrebbe offerto prodotti non conformi a quelli richiesti dalla stazione appaltante.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Con nota del 4.6.2014 prot. 64382 è stato avviato il procedimento, a cui hanno partecipato tutte le parti interessate (istante, stazione unica appaltante e comune di Casalnuovo di Napoli, aggiudicataria) mediante la produzione di scritti difensivi, con i quali hanno prospettato e difeso le rispettive posizioni.

Ritenuto in diritto

La prima questione controversa impone di verificare gli obblighi dichiarativi ex art. 38, comma 1, lett. b) ed c) d.lgs. 163/2006 che gravano su due soci, con partecipazione pari al 50% del capitale sociale di una società a responsabilità limitata.

A tal fine è necessario considerare la disposizione di cui all'art. 38, comma 1, d.lgs. che fissa i cc.dd. requisiti generali di partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica, il cui possesso deve essere attestato dai concorrenti nella domanda di partecipazione. In particolare, assume valore dirimente della questione in esame il dettato normativo dell'art. 38, comma 1, lett. b) e c), d.lgs. 163/2006, che impone di rendere le dichiarazioni ivi previste al titolare o direttore tecnico per le imprese individuali; soci o direttore tecnico per le società in nome collettivo; soci accomandatari o direttore tecnico per le società in accomandita semplice; amministratori con poteri di rappresentanza o direttore tecnico per le altre società - anche il socio unico, persona fisica, o il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società.

La formulazione della citata norma ha creato dubbi interpretativi in relazione alla nozione di "socio di maggioranza", tant'è che si è posto il problema di verificare se la maggioranza che rileva sia quella "assoluta" o quella "relativa".

Al riguardo l'AVCP ha chiarito che l'espressione "socio di maggioranza" va interpretata nel senso di effettuare i controlli di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c) «nei confronti del soggetto che detiene il controllo della società (controllo di cui si dispone anche potendo contare solo sulla maggioranza relativa). Ciò è conforme alla *ratio* della norma che ha come obiettivo quello di sottoporre ad una verifica più incisiva, estesa ai soci, esclusivamente quelle società in cui, per via della ridotta composizione azionaria, i singoli soci potrebbero assumere un'influenza dominante. Si precisa che nel caso di società con due soli soci, i quali siano in possesso, ciascuno, del 50% della partecipazione azionaria, le dichiarazioni previste ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettere b) e c) del Codice devono essere rese da entrambi (cfr. AVCP, parere 4 aprile 2012, n. 58)» (AVCP, determinazione 16 maggio 2012, n.1, parere 27 giugno 2012 n.105).

Anche il Consiglio di Stato, dopo alcune oscillazioni giurisprudenziali, ha finito per condividere l'esegesi dell'art. 38 formula dall'AVCP e, infatti, in composizione plenaria ha affermato il seguente principio di diritto: «l'espressione "socio di maggioranza" di cui alle lettere b) e c) dell'art. 38, comma 1, d.lgs n. 163 del 2006 e alla lettera m-ter) del medesimo comma, si intende riferita, oltre che al socio titolare di più del 50% del capitale sociale, anche ai due soci titolari



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

ciascuno del 50% del capitale o, se i soci sono tre, al socio titolare del 50%» (Cons. Stato, Ad. pl., 6 novembre 2013, n. 24).

Tale interpretazione, secondo l'Adunanza plenaria, è quella più idonea ad assicurare l'osservanza del principio di tassatività e tipizzazione delle cause di esclusione codificato dall'art. 46, comma 1 bis, d.lgs. 163/2006, in quanto evita che la nozione di "socio di maggioranza" sia definita in maniera diversa a seconda della valutazione discrezionale della stazione appaltante precedente. Allo stesso tempo l'esegesi sopra indicata è quella che più corrisponde alla *ratio* della normativa in esame, volta a tutelare la Pubblica Amministrazione, impedendo l'illecita interferenza, nella gestione delle imprese partecipanti alle gare o esecutrici degli appalti, di soggetti connessi con sodalizi criminali aventi un effettivo potere giuridico di condizionamento dell'attività di impresa. Ciò posto, venendo al caso in esame, non si riscontrano in esso ragioni di fatto e/o di diritto per discostarsi dall'orientamento interpretativo sopra esposto.

Si osserva al riguardo che la stazione appaltante conferma la legittimità degli atti assunti proprio in virtù della citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria, contestata, invece, dalla NORAP s.r.l. Quest'ultima ritiene, infatti, che la nozione di "socio di maggioranza" debba essere individuata con riguardo al socio che, indipendentemente dalle quote societarie di cui è titolare, sia in grado di condizionare (in positivo e/o in negativo) la gestione della società ed in tale situazione si troverebbe soltanto uno dei due soci, ossia il socio amministratore unico, che ha reso le dichiarazioni in questione. L'altro socio, invece, essendo privo di poteri gestori non ha reso alcuna dichiarazione.

La tesi dell'istante, tuttavia, si scontra con il dato di fatto e di diritto, correttamente indicato dalla stessa NORAP s.r.l., concernente i poteri dell'assemblea e, quindi, di tutti e due i soci al 50%. A quest'ultima, infatti, spetta l'approvazione del bilancio, la nomina degli amministratori, l'adozione delle delibere comportanti le modifiche dell'atto costitutivo ovvero la variazione dell'oggetto sociale, l'adozione delle delibere su tutti gli altri oggetti sottoposti al suo esame dall'organo amministrativo, l'adozione dei provvedimenti concernenti la responsabilità degli amministratori. Ne consegue che ciascuno dei due soci può impedire le scelte non concordate e permettere, contemporaneamente, soltanto quelle condivise, pertanto, entrambi avrebbero dovuto rendere le dichiarazioni ex art. 38, comma 1, lett. b) ed c) d.lgs. 163/2006.

Né vale il richiamo operato dalla NORAP s.r.l. alla decisione del TAR Campania, sez. III, 10 marzo 2014 n.1457, che ha sollevato alcuni spunti critici avverso la citata Adunanza plenaria, in quanto la stessa memoria difensiva dell'istante (pag.7) dà atto che il TAR ha deciso la fattispecie al suo esame in conformità alla Plenaria.

Con la seconda doglianza, l'istante sostiene che l'omesso chiarimento negli atti di gara circa il significato da attribuire alla nozione "socio di maggioranza" l'avrebbe indotta in errore in merito alle dichiarazioni da rendere ex art. 38 d.lgs. 163/2006 e, conseguentemente, la stazione appaltante avrebbe dovuto esercitare il c.d. soccorso istruttorio. La censura risulta infondata in



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

fatto e in diritto, tenuto conto della disciplina normativa applicabile *ratione temporis* (ossia l'art. 46, comma 1, d.lgs. 163/2006) alla vicenda in esame.

In punto di fatto si osserva che non sussiste nel caso di specie alcuna ambiguità della *lex specialis* in merito all'onere dichiarativo in esame, tale da indurre in errore i partecipanti alla gara. Il disciplinare, infatti, ha chiaramente precisato che la dichiarazione ex art. 38, comma 1, lett. b) c) ed m-ter) d.lgs. 163/2006 doveva essere resa, a pena di esclusione, dal socio di maggioranza nel caso di società di capitali con meno di quattro soci. La nozione di socio di maggioranza, come sopra già indicato, è stata chiarita dall'AVCP con la determinazione del 16 maggio 2012 n.1 e dall'Adunanza plenaria con decisione del 6 novembre 2013, mentre, dagli atti trasmessi risulta che il bando di gara è stato pubblicato successivamente, ossia in data 28 novembre 2013 ed il termine per la presentazione delle offerte è scaduto il 13 gennaio 2014. Conseguentemente, la società NORAP s.r.l. avrebbe potuto prendere atto dell'interpretazione dell'articolo in esame, mediante l'uso della diligenza professionale richiesta a chi opera nel settore degli appalti pubblici.

In punto di diritto si rileva che la stazione appaltante non poteva ricorrere al c.d. potere di soccorso istruttorio, invocato dall'istante, in quanto ai sensi dell'art. 46, comma 1, D.Lgs. 163/2006 quest'ultimo può essere legittimamente esercitato soltanto per chiedere chiarimenti o completare il contenuto di dichiarazioni già presentate in gara e non per "sanare" eventuali omissioni di documenti richiesti a pena di esclusione. In caso contrario, infatti, verrebbero violati sia il principio di *par condicio* dei concorrenti sia il principio di perentorietà dei termini di presentazione della domanda di partecipazione (cfr. Cons. Stato, Ad. pl., 25 febbraio 2014, n.9). Anche recentemente il Consiglio di Stato, in sede di Adunanza plenaria, ha riconosciuto che l'art. 46, nella versione anteriore alla novella introdotta dall'art. 39 d.l. 24 giugno 2014 n. 90, convertito dalla legge 11 agosto 2014 n.114 (che è quella applicabile *ratione temporis* al caso in esame) non consente alla stazione appaltante l'esercizio del soccorso istruttorio in presenza di dichiarazioni radicalmente mancanti, attesa la lesione del principio di *par condicio* (Cons. Stato, Ad. pl., 30 luglio 2014 n.16).

Con riferimento alla terza censura, si osserva che quest'ultima risulta infondata in virtù della documentazione trasmessa all'Autorità. L'istante ritiene che l'aggiudicataria dovesse essere esclusa dalla gara: la stessa, infatti, avrebbe offerto prodotti non conformi alle specifiche tecniche richieste dall'Allegato 1, in quanto privi della certificazione secondo la normativa EN 840 e RAL GZ 951/1. Secondo la NORAP s.r.l., la certificazione RAL GZ 951/1 verrebbe rilasciata solamente dalla GGAWB - Gutegemeinschaft Abfall – und Wertstoffbehälter e V., unico ente accreditato presso l'istituto tedesco RAL, che sovrintende alla concessione del marchio RAL.

A comprova di quanto sostenuto, la NORAP s.r.l. ha chiesto alla stessa GGAWB di indicare le aziende che a marzo 2014 risultano in possesso della predetta certificazione e quest'ultima ha risposto fornendo l'elenco delle società che sono in grado di consegnare contenitori per rifiuti e



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

materiali di riciclaggio con marchio di qualità RAL. Nella propria memoria (pag.14) l'istante elenca le predette società e fra queste ultime non compare l'aggiudicataria della procedura in esame.

Tale società, tuttavia, ha partecipato al procedimento *de quo* presentando apposita memoria difensiva nella quale ha precisato che i contenitori da essa offerti sono prodotti dalla Paul Craeamer GmbH, società in possesso della specifica certificazione richiesta dalla stazione appaltante. Quanto sostenuto dall'aggiudicataria risulta confermato dalla su citata memoria dell'istante: il nominativo della Paul Craeamer GmbH, infatti, risulta inserito nel predetto elenco.

A ciò si aggiunga che il comune di Casalnuovo di Napoli ha ribadito che la commissione di gara, a cui spetta il giudizio di conformità dei prodotti offerti rispetto a quelli richiesti, ha esaminato attentamente l'offerta tecnica presentata dall'aggiudicataria «nella quale erano presenti tutti i certificati richiesti nel capitolato speciale d'appalto» (pag. 2 nota del Comune).

Tutto ciò premesso,

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che le doglianze dell'istante siano infondate in fatto ed in diritto e che l'esclusione dalla gara della società NORAP s.r.l. sia legittima.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 5 novembre 2014

Il segretario Maria Esposito