

Requisiti morali del socio di maggioranza

Scritto da Valentina Magnano

Venerdì 06 Maggio 2016 15:33 - Ultimo aggiornamento Lunedì 09 Maggio 2016 16:48

N. 00132/2016REG.PROV.COLL.

N. 00366/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

in sede giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 366 del 2015, proposto dalla società "A" s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Consoli Xibilia, con domicilio eletto presso la Segreteria del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in Palermo, Via F. Cordova n.76;

contro

Requisiti morali del socio di maggioranza

Scritto da Valentina Magnano

Venerdì 06 Maggio 2016 15:33 - Ultimo aggiornamento Lunedì 09 Maggio 2016 16:48

società consortile T.E. a r.l., in liquidazione, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Orlando, con domicilio eletto presso la Segreteria del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in Palermo, Via F. Cordova n.76;

nei confronti di

X. s.r.l., non costituitasi in giudizio;

per la riforma

della sentenza n.570 del 15.1.2015, pubblicata il 17.2.2015, con la quale il T.A.R. Sicilia, Sezione Staccata di Catania, Sez. IV[^], ha respinto il ricorso e dichiarato improcedibile il ricorso per motivi aggiunti proposti dalla società "A" s.r.l. con il ricorso n.1278 del 2014.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società consortile T.E. a r.l. (Stazione appaltante);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Requisiti morali del socio di maggioranza

Scritto da Valentina Magnano

Venerdì 06 Maggio 2016 15:33 - Ultimo aggiornamento Lunedì 09 Maggio 2016 16:48

Nominato Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 ottobre 2015 il Cons. Avv. Carlo Modica de Mohac e uditi per le parti gli Avvocati Francesco Consoli Xibilia e Andrea Orlando;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

I. A seguito di lettera di invito del 16.7.2013 della società consortile T.E. a r.l. (d'ora innanzi denominata "Stazione appaltante"), la società "A" s.r.l. partecipava alla procedura di gara (nella specie: una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, ai sensi degli artt.122, comma 7, e 57, comma 6, del D.Lgs. n.163/2007, d'ora innanzi denominato "codice degli appalti pubblici") per l'affidamento dei lavori per il recupero funzionale dell'"ex macello comunale" del Comune di Maletto, da adibire a museo civico, con importo a base d'asta pari ad €.435.903,71.

Ispirandosi al disposto dell'art.38 del codice degli appalti pubblici, i punti 4/B e 4/Ac del Disciplinare di gara stabilivano che la "società di capitali con meno di quattro soci" (d'ora in poi denominata anche "società di capitali a compagine sociale ridotta" o "a compagine sociale ristretta") partecipante alla gara avrebbe dovuto indicare, a pena di esclusione:

- i nominativi degli Amministratori (muniti di poteri di rappresentanza) e del Direttore Tecnico, nonché i nominativi del socio unico o del socio di maggioranza;

- le quote di partecipazione societaria dei singoli soci.

E - ciò che maggiormente importa ai fini della soluzione della presente controversia - nel caso in cui il socio di maggioranza fosse stato una 'persona giuridica', la c.d. "società di capitali a compagine sociale ridotta" avrebbe dovuto indicare il nominativo della 'persona fisica' titolare della quota di maggioranza di quest'ultima (cfr. punto 4/B del Disciplinare di gara).

Requisiti morali del socio di maggioranza

Scritto da Valentina Magnano

Venerdì 06 Maggio 2016 15:33 - Ultimo aggiornamento Lunedì 09 Maggio 2016 16:48

Com'è noto, ai sensi dell'art.38 del codice degli appalti pubblici (e, nella specie, del combinato disposto del comma 1, lett.b, e del comma 2 della citata norma), tali indicazioni hanno la funzione di individuare i soggetti tenuti all'obbligo di fornire la "dichiarazione" concernente la sussistenza dei "requisiti di carattere generale" (meglio noti come "requisiti morali", consistenti nell'assenza a carico del dichiarante di determinate condanne, di misure di prevenzione anti-mafia, di procedimenti penali per determinati reati e di procedimenti per l'applicazione di misure di prevenzione, che la predetta norma indica specificamente); dichiarazione necessaria per partecipare a qualsiasi pubblica gara d'appalto.

II. Le società "partecipanti alla gara" (d'ora in poi denominate "concorrenti") presentavano le offerte unitamente alla documentazione richiesta dalla vigente normativa, dal Bando e dal Disciplinare di gara.

In esito alla valutazione dei requisiti e delle offerte, la società "A" risultava 'aggiudicataria provvisoria'.

Ma la società X s.r.l., seconda classificata, contestava la valutazione del Seggio di gara, lamentando che la "A" non aveva reso in modo completo la dichiarazione prevista ('rectius': non aveva compiutamente fornito le informazioni e la connessa dichiarazione, prescritte) dal punto 4/B del Disciplinare di gara; e ciò in quanto non aveva indicato la precisa compagine sociale (gli estremi identificativi dei soci) della società "B" s.r.l., (società titolare di una quota pari al 50% del capitale di rischio della predetta società "A").

Il che - sempre secondo la prospettazione della ditta X - non avrebbe consentito alla Stazione appaltante:

- di 'individuare' con precisione i soggetti (s'intende: 'riconducibili' alla società "A") tenuti a fornire le dichiarazioni relative al possesso del 'requisito generale' (necessario per l'ammissione a partecipare alla gara d'appalto) sopra indicato (consistente nel fatto di non essere destinatario di misure di prevenzione antimafia né assoggettato a procedimenti volti ad applicarle);

- di verificare, dunque, se le dichiarazioni in questione fossero state fornite da tutti - nessuno

Requisiti morali del socio di maggioranza

Scritto da Valentina Magnano

Venerdì 06 Maggio 2016 15:33 - Ultimo aggiornamento Lunedì 09 Maggio 2016 16:48

escluso - i soggetti tenuti a farlo:

- e, in ultima analisi, di verificare se l'appalto fosse aggiudicabile o meno al soggetto classificatosi al primo posto.

Inoltre la Stazione appaltante contestava alla società "A" di non aver prodotto le dichiarazioni concernenti il possesso dei requisiti di moralità (di cui all'art.38 del codice degli appalti) delle persone rivestenti la qualità di soci (anche di minoranza) della società "B".

Esaminata la documentazione e condivisa la prospettazione (ed il rilievo) della ditta X s.r.l., con nota prot. n.162 del 3.3.2014, il "Responsabile Unico del Procedimento" (d'ora innanzi denominato "R.U.P.") comunicava alla ditta "A" l'avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria (per la ragione sopra esposta), invitandola comunque a fornire eventuali "controdeduzioni" entro dieci giorni dalla ricezione della stessa.

Con nota del 10.3.2014 (trasmessa in pari data a mezzo posta elettronica certificata) la ditta "A" rispondeva:

- di essersi attenuta al contenuto letterale (del punto 4/B) del Disciplinare di gara (che per le "società di capitali a compagine ridotta" fissava l'obbligo dichiaratorio in questione solamente nel caso in cui la 'quota di maggioranza' fosse stata detenuta da una 'persona fisica') e di avervi fatto affidamento (in buona fede);

- che l'Amministrazione avrebbe dovuto utilizzare il c.d. "potere di soccorso" istruttorio di cui all'art.46 del codice degli appalti pubblici; o comunque chiarire come intendeva interpretare e applicare la prescrizione di cui al punto 4/B del Disciplinare di gara;

- che, in ogni caso, la Stazione appaltante avrebbe potuto e dovuto acquisire "d'ufficio" - presso il Registro delle Imprese - le informazioni concernenti la compagine sociale (composizione societaria) della società "B";

Requisiti morali del socio di maggioranza

Scritto da Valentina Magnano

Venerdì 06 Maggio 2016 15:33 - Ultimo aggiornamento Lunedì 09 Maggio 2016 16:48

- e, in ultimo, che la contestazione era inutilmente formale, posto che il Sig. "b" - che rivestiva la doppia qualità di Amministratore e legale rappresentante sia della società "B" che della società "C" (che è titolare di una quota pari al 70% del capitale di rischio della prima) aveva comunque reso la dichiarazione ex art.38 del codice degli appalti (dalla quale risultava che egli era, in effetti, in possesso dei requisiti morali).

In tale nota la "A" indicava erroneamente il predetto Sig. "b" come socio di maggioranza della società "B" s.r.l., mentre - come poi accertato dalla Stazione appaltante - di quest'ultima società il "b" era Amministratore Unico e rappresentante legale.

III. Infine, condivisa la doglianza della società X s.r.l. (e ritenuto che l'errore riscontrato nella dichiarazione informativa fornita dalla "A" fosse rilevante ed ulteriormente dimostrativo della sussistenza della lacuna documentale contestata), con determinazione n.5 del 10.4.2014 il R.U.P. proponeva alla Stazione appaltante di revocare l'aggiudicazione provvisoria e di procedere ad aggiudicare provvisoriamente l'appalto alla ditta seconda classificata.

Con determinazione n.64 del 10.4.2014 la predetta Stazione appaltante accoglieva la proposta del R.U.P. revocando l'aggiudicazione provvisoria; e successivamente, con determinazione n.68 del 30.4.2014, procedeva ad aggiudicare definitivamente l'appalto alla predetta società X s.r.l.

Con nota del 17.4.2014 la "A":

- contestava l'operato del R.U.P. e della Stazione appaltante;

- lamentava il fatto che non le fosse stato concesso di regolarizzare la documentazione e che si fosse pervenuti sì repentinamente alla revoca dell'aggiudicazione provvisoria ed alla nuova aggiudicazione definitiva in favore della seconda classificata;

- chiedeva all'Amministrazione di revocare in autotutela i provvedimenti che la avevano pregiudicata;

Requisiti morali del socio di maggioranza

Scritto da Valentina Magnano

Venerdì 06 Maggio 2016 15:33 - Ultimo aggiornamento Lunedì 09 Maggio 2016 16:48

- e, per il caso di inerzia dell'Amministrazione o di rigetto da parte della stessa delle sue richieste, preannunziava la sua intenzione di proporre ricorso giurisdizionale avverso i provvedimenti in questione.

Ma tali richieste restavano senza alcun utile effetto.

IV. Con ricorso n.1278 del 2014, la società "A" si vedeva pertanto costretta ad impugnare i menzionati provvedimenti di revoca (della precedente aggiudicazione in suo favore) e di aggiudicazione (in favore della società X) innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Staccata di Catania, chiedendone l'annullamento per le conseguenti statuizioni conformative e di condanna.

La "A" lamentava, in particolare:

1) violazione e falsa applicazione dell'art.38, comma 1, lett.'b', e comma 2 del "codice degli appalti pubblici" (D.lgs. n.163 del 2006), nonché violazione del bando ed eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e di motivazione, deducendo:

a) che la società "B" partecipa al suo capitale di rischio ('id est': a quello della "A") per una quota pari solamente al 50%; e che pertanto, non essendo individuabile un vero e proprio "socio di maggioranza" (né, tanto più, una 'persona fisica' titolare di quota maggioritaria), l'Amministrazione aveva erroneamente ritenuto che la prescrizione formulata dalla norma in esame fosse stata disattesa;

b) che, comunque, la società "B" s.r.l. era a sua volta composta ('rectius': partecipata) da due soci, di cui quello di maggioranza (titolare del 70%) non era una 'persona fisica' ma anch'essa una 'persona giuridica'; e che anche per questa (ulteriore) ragione la "A" non era soggetta al citato obbligo di dichiarazione;

2) violazione dell'art.6 della L. n.241 del 1990, dell'art.46 del D.Lgs. n.163 del 2006 e del

Requisiti morali del socio di maggioranza

Scritto da Valentina Magnano

Venerdì 06 Maggio 2016 15:33 - Ultimo aggiornamento Lunedì 09 Maggio 2016 16:48

disciplinare di gara, ed eccesso di potere per sviamento, nonché per violazione del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa, deducendo:

a) che il "modello" allegato al Bando (cfr. All.B), 'riservava' solamente ai soci di società in nome collettivo ed ai soci accomandatari di società in accomandita semplice - esclusi, dunque, i soci di società di capitali - l'obbligo dichiarativo in questione; e che ciò ha determinato un legittimo affidamento nella ricorrente, alla quale non può, pertanto, esser mosso alcun addebito in ordine alla lacuna documentale;

b) e che, in ogni caso, l'equivocità e scarsa chiarezza del bando sul punto, giustificavano pienamente il ricorso 'diffuso' (che perciostesso non sarebbe lesivo della 'par condicio' dei concorrenti) alla regolarizzazione al soccorso istruttorio;

3) eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, erronea valutazione, incongrua e contraddittoria motivazione, deducendo che la Stazione appaltante provvide ad acquisire d'ufficio le informazioni in ordine alla compagine sociale (o composizione societaria) della "B" s.r.l., constatando che socio di maggioranza della stessa (al 70%) era la società di capitali "C" s.r.l. (e non già una persona fisica); e che pertanto tale accertamento d'ufficio aveva reso superflua l'acquisizione della dichiarazione richiesta.

La società X si costituiva eccependo l'infondatezza del ricorso; e proponeva altresì 'ricorso incidentale'.

La società "A" proponeva 'ricorso per motivi aggiunti' chiedendo la sospensione del contratto che nel frattempo era stato stipulato fra la Stazione appaltante e l'aggiudicataria.

V. Con sentenza n.570 del 15.1.2015, pubblicata il 17.2.2015, il T.A.R. Sicilia, Sezione Staccata di Catania, Sez. IV[^], ha infine respinto il 'ricorso principale' e dichiarato 'improcedibile' quello 'incidentale'.

VI. Con l'appello in esame la ditta "A" ha impugnato a predetta sentenza chiedendone l'annullamento o la riforma per le conseguenti statuizioni di condanna al risarcimento dei danni

Requisiti morali del socio di maggioranza

Scritto da Valentina Magnano

Venerdì 06 Maggio 2016 15:33 - Ultimo aggiornamento Lunedì 09 Maggio 2016 16:48

ed al pagamento delle spese processuali.

Con tale gravame ha riproposto, in sostanza, i motivi di doglianza di cui al ricorso introduttivo del giudizio di primo grado.

Ritualmente costituitasi, la Stazione appaltante ha eccepito l'infondatezza del gravame chiedendone il rigetto con vittoria di spese.

La società aggiudicataria non si è costituita.

Nel corso del giudizio entrambe le parti costituite hanno insistito, anche con ulteriori atti difensivi, nelle rispettive domande giudiziali ed eccezioni.

Infine, all'udienza fissata per la discussione conclusiva in merito alla fondatezza del gravame, la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1. L'appello è fondato, nei sensi e per gli effetti di seguito indicati.

1.1. Con il primo mezzo di gravame l'appellante società "A" lamenta violazione, per falsa applicazione, del punto 4/B del Disciplinare di gara, nonché dell'art.38, comma 1, lett.'b', e comma 2 del "codice degli appalti pubblici" (D.lgs. n.163 del 2006) ed eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e di motivazione.

Deduce, in particolare:

Requisiti morali del socio di maggioranza

Scritto da Valentina Magnano

Venerdì 06 Maggio 2016 15:33 - Ultimo aggiornamento Lunedì 09 Maggio 2016 16:48

a) che ai sensi del punto 4/B del Disciplinare di gara (disposizione che richiama l'art.38, comma 1, lett.'b' del codice degli appalti nella forma in vigore al momento della pubblicazione del Bando), l'obbligo di indicare la 'persona fisica' titolare della 'quota societaria di maggioranza' (persona fisica tenuta all'obbligo di fornire la dichiarazione relativa al possesso dei requisiti morali) non trova applicazione, all'evidenza:

- sia nell'ipotesi in cui non vi sia un "socio di maggioranza";
- sia nel caso in cui nessuna 'persona fisica' sia titolare di una 'quota maggioritaria'.

E che, pertanto, l'esclusione impugnata è palesemente illegittima, posto:

- che la "A" è partecipata (costituita) da due soli soci in posizione paritetica (ognuno dei quali, cioè, è titolare di una quota pari al 50%);
- e che la "B" non ha come 'socio di maggioranza' alcuna 'persona fisica';

b) che comunque, vista l'ambiguità (o poca perspicuità) della 'ratio' sottesa alla normativa in esame, la Stazione appaltante avrebbe dovuto chiarire come intendeva interpretare ed applicare la normativa in questione; e consentire la regolarizzazione della documentazione.

L'articolata doglianza merita accoglimento per le ragioni che si passa ad esporre.

1.1.1. Il punto 4/B del Disciplinare di gara stabilisce:

- che la società di capitali con meno di quattro soci (già denominata, per semplicità, "società di capitali a compagine sociale ridotta") partecipante alla procedura di gara, deve indicare - a pena di esclusione - le quote di partecipazione societaria dei singoli soci;

Requisiti morali del socio di maggioranza

Scritto da Valentina Magnano

Venerdì 06 Maggio 2016 15:33 - Ultimo aggiornamento Lunedì 09 Maggio 2016 16:48

- e che nel caso in cui il 'socio di maggioranza' sia una 'persona giuridica', la partecipante alla gara (d'ora in poi denominata "concorrente") deve indicare anche - s'intende: semprecchè esistente - il 'socio di maggioranza-persona fisica' di quest'ultima, sul quale incombe l'onere di fornire la dichiarazione concernente la sussistenza dei requisiti morali prescritti dall'art.38 del codice degli appalti.

Ora, la società "A" è composta ('rectius': partecipata) dalla società "B" s.r.l. (persona giuridica) e dal Sig. "a" (persona fisica); e ciascuno dei due soci è titolare del 50% ('rectius': partecipa al capitale di rischio della prima per una quota pari al 50%).

E' pertanto evidente che nessuno dei due soci si trovava e si trova in 'posizione maggioritaria' (o di maggioranza).

Ne consegue, con pari evidenza, che era impossibile (per la società "A") indicare sia il nominativo del "socio di maggioranza", sia - comunque ed a maggior ragione - gli estremi identificativi della "persona fisica" rivestente la qualità di "socio di maggioranza".

E ciò per il semplice fatto che - come già osservato:

- non esisteva alcun 'socio di maggioranza' (posto che ciascuno dei due soci era titolare di una quota societaria pari al 50%);

- né tampoco (e per la medesima ragione) alcuna 'persona fisica' rivestente la qualità di 'socio di maggioranza' (posto che socio di maggioranza era ed è una 'persona giuridica').

Ciò sarebbe già di per sé sufficiente a connotare come illegittima l'esclusione della società appellante (ricorrente in primo grado).

Requisiti morali del socio di maggioranza

Scritto da Valentina Magnano

Venerdì 06 Maggio 2016 15:33 - Ultimo aggiornamento Lunedì 09 Maggio 2016 16:48

1.1.2. Ma v'è di più.

Dalla documentazione versata in atti dall'appellante, emerge che il Sig. "a" (che all'evidenza è "persona fisica") aveva comunque fornito alla Stazione appaltante, seppur nella qualità di Amministratore Unico della "A", le dichiarazioni attestanti il possesso, da parte sua ('id est': "in capo" a Lui), dei requisiti morali richiesti dall'art.38 del codice degli appalti pubblici.

E poiché si dà il caso che la predetta persona fisica fosse anche 'personalmente' titolare (dunque proprio in qualità di "socio-persona fisica") di una quota pari al 50% della già menzionata società partecipante alla pubblica gara, non appare revocabile in dubbio che il risultato richiesto dalla Stazione appaltante era (e sia) stato comunque raggiunto.

In altri termini, pur applicando la norma nel senso voluto ('rectius': inteso) dalla Stazione appaltante - ritenendo, cioè, che anche la partecipazione 'non maggioritaria', ma 'paritaria', della 'persona fisica' ad una società concorrente in una pubblica gara, determini l'obbligo della prima (e cioè della predetta persona fisica) di produrre le dichiarazioni concernenti il possesso da parte sua dei requisiti morali (e cioè anche equiparando, ai fini della corretta applicazione della disposizione in esame, il 'socio di maggioranza' al 'socio paritario') - non resta che concludere che l'onere risultava adempiuto.

E' infatti evidente che il valore contenutistico ('rectius': la 'valenza certatoria') della 'dichiarazione relativa al possesso dei requisiti morali' (della dichiarazione a mezzo della quale, cioè, il soggetto dichiarante attesta la inesistenza a suo carico di determinate condanne, di misure di prevenzione anti-mafia, di procedimenti penali per determinati reati e di procedimenti per l'applicazione di misure di prevenzione), è identico tanto se il dichiarante si esprima nella qualità di Amministratore quanto nella qualità di socio di una determinata società.

1.1.3. Quanto, poi, alla "B" (titolare dell'"altro" 50% della società "A"), non può non essere considerato che essa è a sua volta composta (o partecipata) da due soci, di cui quello di maggioranza (titolare del 70%) è una 'persona giuridica': la società "C" s.r.l.

Ne consegue, per quanto rilevato nel Capo 1.1.1. che l'obbligo dichiaratorio che la Stazione appaltante ha inteso ravvisare non sussisteva affatto; e ciò in quanto è incontrovertito che la società "B" non aveva (e non ha) come 'socio di maggioranza' alcuna 'persona fisica'.

1.1.4. E quand'anche si ritenesse, sulla scorta della tesi della Stazione appellante e di un minoritario orientamento giurisprudenziale (alla quale l'Amministrazione fa riferimento: TAR Puglia, Bari, I^a, 30.8.2013 n.1287), che la norma vada correttamente letta ed interpretata, al di là del mero dato testuale, "nel senso di imporre la prescritta dichiarazione ... (omissis ...) 'anche agli amministratori' del socio di maggioranza allorquando questo sia una persona giuridica" (così testualmente: pag. 6 della memoria della Stazione appaltante), non resterebbe che concludere - comunque ed ancora una volta - che, anche sotto il dedotto profilo, gli estremi per l'esclusione della società "A" non sussistevano.

La dichiarazione in questione (in ordine alla sussistenza dei requisiti morali) è stata resa, infatti, dal Sig. "b", che rivestiva la qualità di Amministratore e legale rappresentante non soltanto della società "B", ma anche della società "C".

E valga ancora una volta, al riguardo, quanto già osservato precedentemente con riferimento ad un'altra dichiarazione (quella resa dal Sig. "a"). E cioè che la dichiarazione (adesso) in esame concerne qualità personali (nella specie: la sussistenza di determinati requisiti morali) del soggetto (persona fisica) dichiarante, sicché è evidente che il suo 'valore contenutistico' (la sua 'efficacia di certazione') prescinde dal fatto che la stessa sia stata resa nell'esercizio di una determinata carica (nella specie: rivestendo la qualità di Amministratore della società "B") anziché di un'altra (nella specie: nella qualità di Amministratore della società "C").

Sicché, anche seguendo la tesi della Stazione appaltante (tesi secondo cui, lo si ribadisce, la dichiarazione avente ad oggetto la sussistenza dei requisiti di moralità va prodotta anche nel caso in cui la 'quota di maggioranza' della 'società di capitali a compagine sociale ridotta' partecipante alla gara sia detenuta da una 'persona giuridica'), non si può non convenire sul fatto che - in concreto - la ragione addotta dal R.U.P. per escludere la "A" non sussisteva.

In definitiva, e concludendo sul punto specifico: contrariamente a quanto affermato dalla Stazione appaltante, anche per quanto attiene alla "B" la 'persona fisica' cui attribuire l'onere di sottoscrivere la dichiarazione relativa alla sussistenza dei requisiti morali era stata individuata; e la dichiarazione era stata puntualmente resa.

1.1.5. La Stazione appaltante enfatizza, però, la circostanza che (con nota del 10.3.2014) la "A" le aveva fornito un'informazione (che si è poi rivelata obiettivamente) errata in ordine alla

Requisiti morali del socio di maggioranza

Scritto da Valentina Magnano

Venerdì 06 Maggio 2016 15:33 - Ultimo aggiornamento Lunedì 09 Maggio 2016 16:48

composizione societaria della "B".

L'argomento si appalesa debole e poco conducente, essendo basato su una circostanza ininfluyente.

Dalla documentazione in atti risulta vero che la "A", in sede di trasmissione delle controdeduzioni avverso l'avviso di revoca dell'aggiudicazione provvisoria (già pronunciata in suo favore), ha affermato che il socio di maggioranza della società "B" era il Sig. "b", mentre (come emerso da una verifica effettuata dalla Stazione appaltante) il socio di maggioranza era la società "C".

Ma è presumibile che si sia trattato di un errore determinato dal fatto che - come già visto - Amministratore Unico e legale rappresentante della società "C" era proprio il Sig. "b", che peraltro rivestiva, al tempo stesso, anche la carica di Amministratore e legale rappresentante della "B".

E del resto una volta 'scoperto' l'errore, l'Amministrazione avrebbe potuto chiedere giustificazioni in ordine allo stesso, ciò che invece non ha fatto; avendo, per contro, avviato immediatamente - quasi in funzione sanzionatoria - il sub-procedimento volto alla revoca dell'aggiudicazione.

D'altro canto, ad un esame sereno della vicenda, l'errore in questione - al quale la Stazione appaltante sembra aver dato tanta (addirittura estrema e fatale) importanza - appare del tutto irrilevante ed ininfluyente, posto che è poi emerso:

- che 'socio di maggioranza' era una 'persona giuridica' (per l'appunto: la società "C") e non già una 'persona fisica';

- e che l'Amministratore della persona giuridica in questione, per l'appunto il Sig. "b", aveva comunque reso la prescritta ('rectius': la pretesa) dichiarazione (ancorché non dovuta, posto che in forza della 'lex specialis' di gara la dichiarazione sarebbe stata 'dovuta' esclusivamente nel caso in cui il socio di maggioranza fosse stato una 'persona fisica').

Requisiti morali del socio di maggioranza

Scritto da Valentina Magnano

Venerdì 06 Maggio 2016 15:33 - Ultimo aggiornamento Lunedì 09 Maggio 2016 16:48

Mentre, come già osservato, il fatto che l'abbia resa in qualità di Amministratore della "C" o della Tecknè (posto che rivestiva la carica di Amministratore e legale rappresentante di entrambe) non modifica la 'rerum substantia'.

E cioè che, in effetti, Egli era in possesso dei requisiti morali.

E che pertanto non sussistevano ragioni per ritenere né che la società "B" né la società "C" fossero 'rette' ('rectius': amministrate), o condizionate, da un soggetto 'inaffidabile'.

Nel che la 'ratio' della legge poteva dirsi conseguita (peraltro in conformità al suo testo).

1.1.6. Un'ultima osservazione.

Nell'escludere la "A", la Stazione appaltante ha sostenuto che anche la 'persona fisica' rivestente la qualità di 'socio di minoranza' della "B" (nella specie: il Sig. Salvatore Santullo) avrebbe dovuto rendere la dichiarazione relativa alla sussistenza in capo a Lui dei requisiti morali.

Ed il discorso vale (o dovrebbe valere, se si seguisse tale impostazione o prospettazione) anche per la persona fisica rivestente (o per le persone fisiche rivestenti) la qualità di socio di minoranza della "C" s.r.l. (che, lo si ricorda, è la società titolare di una quota pari al 70% del capitale della "B").

Senonché nessuna norma - e men che mai l'art.38 del codice degli appalti (nella forma in vigore al tempo della gara per cui è causa) - prescrive o impone che tutte le persone fisiche che rivestono la qualità di soci di "società di capitali a compagine sociale ristretta" (cioè con meno di quattro soci) sono soggette all'obbligo dichiaratorio in questione.

Requisiti morali del socio di maggioranza

Scritto da Valentina Magnano

Venerdì 06 Maggio 2016 15:33 - Ultimo aggiornamento Lunedì 09 Maggio 2016 16:48

Ed invero pur ove si dilati la portata dell'art.38, commi 1, lett.b e 2 del codice degli appalti pubblici nei sensi indicati dalla Stazione appaltante - in modo, cioè, da ritenere che nel caso di "società di capitali a compagine sociale ristretta" gli 'obblighi dichiarativi' incombono anche sulla persona fisica titolare di una quota pari al 50%, (superando, così, il testo normativo che si riferisce esclusivamente alla persona fisica titolare di una quota di maggioranza) - nulla induce ad affermare che le dichiarazioni in questione debbano essere richieste, addirittura, a 'tutte' le 'persone fisiche' che siano titolari anche di "quote di minoranza"; a soggetti, cioè, che non hanno il potere di gestire o di influenzare nell'ordinario le scelte amministrative della società al cui capitale di rischio partecipano (non a caso, e per l'appunto, in misura minoritaria).

Ove si accogliesse la tesi prospettata dalla Stazione appaltante, il "volo pindarico" imposto da una scelta ermeneutica di tal fatta sarebbe davvero eccessivo ed ingiustificabile non soltanto sul piano dell'interpretazione linguistico-testuale, ma anche sul piano dell'interpretazione sistematico-razionale.

Ed invero:

- altro è 'equiparare' (sulla scorta di un minoritario orientamento giurisprudenziale) il socio titolare di una quota pari al 50% al "socio di maggioranza", supponendo che un Legislatore 'distratto' (o poco attento all'analisi linguistica) abbia implicitamente assimilato (ed inteso assimilare) al 'socio di maggioranza' i soci in posizione di reciproca parità (e argomentando, a supporto di tale tesi, che fra due soci in posizione paritetica nessuno può essere considerato socio minoritario);

- altro è, ed in ciò si concreta il periglioso "doppio salto" che la Stazione appaltante vorrebbe imporre e perorare, addirittura equiparare il "socio di maggioranza" ai restanti due (o a quello) 'di minoranza'.

Operare una simile equiparazione significherebbe capovolgere completamente la struttura della norma e cioè sostituirsi allo stesso Legislatore (oltretutto all'Amministrazione autrice della 'lex specialis' di gara), finendo - così - con il fare "de albo nigro". Ma ciò - ed ogni ulteriore commento al riguardo appare superfluo - non è consentito.

1.1.7. Vi è, infine, un'ultima ma non meno importante ragione per la quale i provvedimenti

Requisiti morali del socio di maggioranza

Scritto da Valentina Magnano

Venerdì 06 Maggio 2016 15:33 - Ultimo aggiornamento Lunedì 09 Maggio 2016 16:48

impugnati si appalesano illegittimi.

La disposizione di cui al punto 4/B del Disciplinare di gara:

- pur essendo sufficientemente chiara, dal punto di vista strettamente linguistico, nella parte in cui stabilisce che allorquando la 'quota di maggioranza' di una 'società a compagine limitata' ('id est': con meno di quattro soci) sia detenuta da una 'persona fisica', anche quest'ultima è tenuta a rendere la dichiarazione concernente la sussistenza dei requisiti di ordine morale;

- si caratterizza, invece - come del resto l'art.38, comma 1, lett.b, del codice degli appalti (alla quale si ispira) - per un discreto grado di ermeticità (e farraginosità) sotto il profilo logico-giuridico (non essendo, in effetti, agevolmente percepibile la ragione per la quale nelle società di capitali con meno di quattro soci, alla dichiarazione dell'Amministratore debba aggiungersi quella del socio di maggioranza allorchè questi sia una persona fisica; né la ragione per la quale tale regola non debba valere anche per società con più di quattro soci; né, comunque, per le società che abbiano come soci persone giuridiche).

A questo punto è evidente che delle due l'una:

- o la disposizione (di cui all'art.4/B) del Disciplinare di gara andava applicata avendo riguardo al solo significato letterale delle 'parole' usate nel testo, senza porsi e senza sollevare alcun problema di logica giuridica e di ermeneutica (e dunque l'obbligo di produrre la dichiarazione concernente il possesso dei requisiti morali andava riferito esclusivamente alla persona fisica che, nelle 'società di capitali a compagine sociale ristretta', riveste la posizione di 'socio di maggioranza'); il che non sembra da escludere, posto che "in claris non fit interpretatio";

- ovvero, ove avesse inteso privilegiare il metodo esegetico, implicante una interpretazione logico-sistematica additivo-estensiva ispirata ad una determinata 'ratio legis' - non immediatamente percepibile né emergente dalla testuale lettura delle pericopi che integrano il contorto periodare del Legislatore - l'Amministrazione avrebbe dovuto quantomeno "spiegare" la ragione per la quale riteneva inapplicabile la norma (ove letta nell'unico senso, quello 'meno esteso', deducibile dalla lingua italiana).

Requisiti morali del socio di maggioranza

Scritto da Valentina Magnano

Venerdì 06 Maggio 2016 15:33 - Ultimo aggiornamento Lunedì 09 Maggio 2016 16:48

Ed avrebbe certamente dovuto offrire ai concorrenti che non avevano prodotto le dichiarazioni in questione (in quanto avevano riposto legittimo affidamento sulle 'scarne' capacità espressive della Stazione appaltante, e dunque sul significato formale del testo, come dedotto e deducibile dalla sua semplice analisi logica), la possibilità di integrare la documentazione secondo istruzioni generali da adottare a tale scopo.

Né potrebbe eccepirsi, al riguardo, che ciò si sarebbe risolto in una sorta di "operazione di 'soccorso istruttorio' extra ordinem"; e come tale inammissibile (non essendo consentita la tardiva produzione, in funzione integrativa, di atti del tutto mancanti).

Ed invero il rimedio ipotizzato dall'appellante - consistente in una chiarificazione a carattere generale - non costituisce affatto una forma di "soccorso istruttorio" (nel senso tecnico del termine), essendo evidente che l'azione (di natura regolamentare) di interpretazione autentica del bando, se necessaria (o anche semplicemente utile) per consentire una uniforme applicazione della 'lex specialis' di gara, si connota come attività volta a garantire il principio del buon andamento dell'azione amministrativa (nella specie: il miglior andamento della procedura), il principio della massima partecipazione alle pubbliche gare d'appalto e finanche quello della par condicio fra concorrenti.

Costituisce, cioè, un'attività condotta nell'interesse pubblico ed a favore di tutti i concorrenti.

Ma poiché l'Amministrazione né ha interpretato letteralmente la norma in questione (invano invocata dall'appellante nella sua forma testuale), né ha attivato alcun meccanismo procedimentale idoneo a rendere preventivamente (e trasparentemente) pubblica la complessa 'interpretazione autentica' ed integrativa dalla stessa propugnata - in forza della quale: a) anche le persone fisiche in posizione di partecipazione di minoranza in società di capitali a compagine sociale ristretta minoranza avrebbero l'obbligo, non ostante il testo normativo non lo richieda, di rendere la dichiarazione ex art.38 del codice degli appalti; b) ed anche le società con due soli soci in posizione paritaria avrebbero l'obbligo, non ostante il testo normativo non lo richieda espressamente, di rendere le dichiarazioni in questione - la illegittimità del provvedimento di esclusione dell'appellante (già ricorrente in primo grado) - sotto il dedotto profilo di doglianza - appare evidente.

1.1.8. In considerazione delle superiori osservazioni l'impugnata aggiudicazione merita di essere dichiarata illegittima, pur se - essendo stati ormai ultimati i lavori oggetto dell'appalto - ai soli effetti (risarcitori) che si passa ad illustrare.

1.2. La domanda volta ad ottenere il 'risarcimento per equivalente' del danno provocato, merita accoglimento nei sensi, nei limiti e per gli effetti di seguito indicati

1.2.1. Va innanzitutto rilevato che (già dalla data di proposizione dell'appello) i lavori oggetto dell'appalto per cui è causa risultano ultimati, sicché il rimedio della dichiarazione di inefficacia del contratto (previsto dall'art.122 del codice del processo amministrativo) non è esperibile.

1.2.2. Per la stessa ragione, non è possibile neanche pronunciare alcuna condanna al risarcimento in forma specifica.

1.2.3. Non resta pertanto che soffermarsi sul 'risarcimento per equivalente'.

Quanto al 'merito' del giudizio sulla responsabilità della Stazione appaltante, non appare revocabile in dubbio che nella fattispecie essa sussista, quantomeno a titolo di colpa, posto che la esclusione dall'aggiudicazione della società appellante è derivata esclusivamente e per nesso di causalità diretta - come evidenziato nei precedenti Capi - sia dalla violazione, per errata applicazione, da parte della Stazione appaltante, di una norma del Disciplinare di gara (art.4/B), sia dalla condotta procedimentale di quest'ultima, viziata da eccesso di potere.

1.2.4. Ne consegue che, in aderenza ad un orientamento già consolidato, a carico della Stazione appaltante può essere emessa una pronuncia di condanna - per così dire - 'generica' (una c.d. sentenza sull'"an": cfr. sul punto, C.S., VI[^], 27.4.2010 n.2384) al risarcimento dei danni provocati all'appellante società "A" s.r.l. per la mancata aggiudicazione in suo favore dell'appalto di lavori per cui è causa.

1.2.5. Per la liquidazione del danno (e cioè per la specifica determinazione del 'quantum'), si ritiene opportuno far ricorso, invece - in aderenza ad un consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr. per tutte, C.S., V[^], 8.11.2012 n.5686) - al 'metodo' introdotto dall'art.34 del codice del processo amministrativo (come rielaborato ed adattato alle concrete necessità processuali dalla citata giurisprudenza), ordinando alla Stazione appaltante di formulare, entro novanta giorni dalla comunicazione in via amministrativa (o dalla notifica ad istanza di parte, se precedente) della presente sentenza, una offerta risarcitoria che contempri una somma da

Requisiti morali del socio di maggioranza

Scritto da Valentina Magnano

Venerdì 06 Maggio 2016 15:33 - Ultimo aggiornamento Lunedì 09 Maggio 2016 16:48

corrispondere quale ristoro per il c.d. "lucro cessante" ed una somma da corrispondere per il c.d. "danno curriculare" (id est: il danno per mancata acquisizione della commessa, e dunque per la impossibilità di farla valere come requisito di qualificazione nelle successive procedure di gara), esclusa - ancora una volta sulla scorta della pacifica giurisprudenza formatasi sulla questione (C.S., V[^], 3.5.2012 n.2546) - ogni risarcibilità per il "danno emergente" derivante dalla spese di partecipazione alla gara.

1.2.5.1. Quanto ai criteri da seguire per la determinazione del 'lucro cessante', in aderenza al più accreditato orientamento della giurisprudenza (C.S., IV[^], 21.6.2011 n.3670; C.S., IV[^], 7.9.2010 n.6485), la Stazione appaltante dovrà basare la sua proposta sugli elementi emergenti dall'offerta, posto che nella stessa sono esposti i costi dai quali sono desumibili, seppur approssimativamente, i ricavi netti - e dunque l'utile (rectius: il profitto) - che la società prevedeva di trarre dall'aggiudicazione e dalla conseguente esecuzione dell'appalto.

1.2.5.2. Quanto alla determinazione del 'danno curriculare', che - come già affermato dalla giurisprudenza formatasi sul punto (C.S., V[^], 3.5.2012 n.2546) - va quantificato in via equitativa e comunque a prescindere dall'assolvimento di qualsiasi onere probatorio (C.S., V[^], n.2546 cit.), il Collegio ritiene che esso si attesti su una somma pari all'1% dell'offerta, che sarà sommata alla cifra relativa al lucro cessante.

1.2.5.3. Nella determinazione della proposta risarcitoria l'Amministrazione terrà conto, infine della rivalutazione monetaria da calcolare a far data dalla stipula del contratto (C.S., III[^], 14.12.2012 n.6444) e degli interessi maturati e maturandi (secondo i criteri evidenziati in C.S., 8.11.2012 n.5686).

2. In considerazione delle superiori osservazioni e 'assorbito' quant'altro, il ricorso in appello va accolto, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione; e, per l'effetto, ferma restando - ai sensi dell'art.122 del codice del processo amministrativo - l'efficacia del contratto stipulato a seguito dell'illegittima aggiudicazione, l'Amministrazione (Stazione appaltante) appellata va condannata al risarcimento dei danni provocati alla società "A", da liquidare con il metodo di cui all'art.34 del c.p.a. in conformità ai criteri enucleati nell'ultimo capo.

Alla soccombenza della Stazione appaltante non può che seguire - in assenza di esimenti che il Collegio non ritiene di ravvisare - la sua condanna al pagamento, in favore dell'Appellante, delle spese processuali che liquida in complessivi €5.000,00, oltre i.v.a., c.p.a. ed accessori dovuti ex lege.

Requisiti morali del socio di maggioranza

Scritto da Valentina Magnano

Venerdì 06 Maggio 2016 15:33 - Ultimo aggiornamento Lunedì 09 Maggio 2016 16:48

P.Q.M.

il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, accoglie l'appello e il ricorso di primo grado con conseguente dichiarazione di illegittimità dell'aggiudicazione; e, per l'effetto, ferma restando l'efficacia del contratto stipulato a seguito dell'illegittima aggiudicazione, condanna l'Amministrazione appellata al risarcimento dei danni provocati alla società "A", da liquidare con il metodo di cui all'art.34 del c.p.a. in conformità ai criteri enucleati in motivazione.

Condanna la Stazione appaltante appellata alla rifusione delle spese processuali in favore dell'appellante, nella misura di €.5000,00 oltre i.v.a , c.p.a ed accessori dovuti ex lege.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2015 con l'intervento dei Signori Magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Antonino Anastasi, Consigliere

Carlo Modica de Mohac, Consigliere, Estensore

Alessandro Corbino, Consigliere

Giuseppe Barone, Consigliere

Requisiti morali del socio di maggioranza

Scritto da Valentina Magnano

Venerdì 06 Maggio 2016 15:33 - Ultimo aggiornamento Lunedì 09 Maggio 2016 16:48

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Requisiti morali del socio di maggioranza

Scritto da Valentina Magnano

Venerdì 06 Maggio 2016 15:33 - Ultimo aggiornamento Lunedì 09 Maggio 2016 16:48

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/05/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)