

L'accertamento dell'integrità morale del concorrente vale anche per il socio di maggioranza che sia persona giuridica e non solo persona fisica

di Rita Maiolo

Data di pubblicazione: 28-6-2016

Non è ragionevole, oltre che privo di razionale giustificazione, limitare la verifica sui reati ex art. 38 del D. Lgs. 163/2006 solo con riguardo al socio unico persona fisica o al socio di maggioranza persona fisica per le società con meno di quattro soci; invero, la garanzia di moralità del concorrente che partecipa a un appalto pubblico non può limitarsi al socio persona fisica, ma deve interessare anche il socio persona giuridica per il quale il controllo ha più ragione di essere, trattandosi di società collegate in cui potrebbero annidarsi fenomeni di irregolarità elusive degli obiettivi di trasparenza perseguiti.

A sostegno della tesi sopraindicata milita il contenuto dell'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE, il quale, nell'imporre l'esclusione dalla partecipazione agli appalti pubblici del candidato o dell'offerente che abbia riportato condanne per talune ipotesi di reato, dispone che *"le richieste riguarderanno le persone giuridiche e/o le persone fisiche, compresi, se del caso, i dirigenti delle imprese o qualsiasi persona che eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo del candidato o dell'offerente"*. Pertanto, non solo il diritto dell'Unione non osta alla verifica della sussistenza dei requisiti morali anche rispetto alle persone giuridiche, ma impone di effettuare il controllo nei confronti di ogni soggetto che, nella sostanza, *"eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo del candidato o dell'offerente"*. (1)

(1) In senso contrario Consiglio di Stato, sez. III, 2 maggio 2016, n. 1661.

Guida alla lettura

La pronuncia sopra indicata affronta un unico tema centrale, sebbene analizzato da una duplice angolazione: la prospettiva nazionale e quella europea.

La prima ottica parte da un approccio sostanzialistico alla normativa del Codice dei Contratti Pubblici del 2006, disciplina applicabile *ratione temporis* alla controversia, al fine di comprendere **se il Legislatore intendesse includere nella locuzione “socio di maggioranza” (di cui all’art.38, comma 1, lettera c) non solo il socio persona fisica, ma anche quello persona giuridica** per le società con meno di quattro soci. All’interrogativo il Collegio fornisce una **risposta positiva, in ragione della necessaria legalità e trasparenza che devono presiedere ogni commessa pubblica**. In altri termini, i Giudici sostengono che, se i requisiti di integrità morale valgono per tutti i soggetti in grado di incidere sulla volontà degli operatori che contrattano con la pubblica amministrazione, non si vede il motivo per cui tale verifica da parte della stazione appaltante non debba essere compiuta nei confronti dei soci che assumano la veste di persona giuridica, pena la violazione del principio della par condicio tra i concorrenti. Anzi, prosegue la Sezione, **proprio in tale ipotesi il controllo risulta ancor più giustificato, poiché, dietro lo schermo di società collegate all’operatore economico partecipante, potrebbero insinuarsi fenomeni di irregolarità palesemente elusivi degli obiettivi di trasparenza perseguiti dal Codice**. Del resto, tale esito appare quello più ragionevole alla luce degli elementi di fatto da cui ha avuto origine l’*iter* processuale. Oggetto di contestazione è il provvedimento con cui l’Amministrazione comunale ha disposto l’esclusione della società, oggi appellante, dalla procedura di gara per l’affidamento dei servizi di spazzatura, raccolta, trasporto dei rifiuti urbani ed assimilati, poiché dalla dichiarazione resa ai sensi dell’art. 38 del D. Lgs. 163/2006 risultava l’esistenza di condanne penali nei confronti del Presidente e del Vicepresidente di una S.p.A. - socia. Nello specifico, **l’appellante, una società costituita da meno di quattro soci, annoverava tra questi ultimi una persona giuridica** (la S.p.A. i cui dirigenti avevano riportato le suddette condanne penali,) **titolare del 99.9827% del capitale sociale dell’appellante** e partecipata da altri soggetti per una quota dello 0,0173%. In disparte la rilevanza dei reati contestati rispetto all’oggetto dell’affidamento (attività di gestione di rifiuti non autorizzata - rifiuti non pericolosi -, in concorso ex art. 110 c.p. e art. 51, comma 4, d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22), il Giudice d’appello condivide sostanzialmente il ragionamento del TAR, secondo cui **la locuzione “socio di maggioranza” di cui al suddetto articolo 38 (come novellato sul punto dall’art. 4 decreto legge 13 maggio 2011, n. 70 convertito, con modificazioni, nella legge 12 luglio 2011 n. 106), è da intendersi come riferibile anche al socio di maggioranza - persona giuridica e non solo persona fisica, per evitare la facile elusione della disciplina legislativa; esito, quest’ultimo, a maggior ragione prospettabile nella specie, in cui il socio di maggioranza possiede pressoché la totalità delle quote dell’offerente**.

Le conclusioni cui si perviene dall’esegesi della normativa nazionale sono poi suffragate anche dalla legislazione europea. In particolare, viene in rilievo **l’art. 45 della Direttiva 2004/18/CE**, dal quale emerge come il diritto unionale non solo sia favorevole alla verifica della sussistenza dei requisiti morali anche rispetto alle persone giuridiche, ma **imponga di effettuare il controllo nei confronti di tutti coloro che esercitino, nella sostanza, “il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo del candidato o dell’offerente”**. Tale è certamente la condizione in cui si trovano il Presidente e il Vicepresidente del CdA della S.p.A. – socia, che, in virtù del consistente possesso azionario, esercitano di fatto un significativo ruolo decisionale e gestionale nell’ambito della società appellante.

In chiusura, è interessante segnalare come, sul punto, il **nuovo Codice dei Contratti Pubblici**

(D. Lgs. n. 50/2016) si sia espresso in senso conforme a quanto prescritto già da tempo dal Legislatore europeo. Nello specifico, l'**art. 80 (rubricato "Motivi di esclusione")**, al comma 3, prevede **un'estensione sia del novero dei soggetti nei cui riguardi effettuare gli opportuni controlli che dei poteri da loro esercitabili**. Invero, non ci si riferisce più, in senso restrittivo, solo agli amministratori muniti del potere di rappresentanza, ma "*ai membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, di direzione o di vigilanza*" o, in ogni caso, **a tutti i "soggetti muniti dei poteri di rappresentanza, di direzione e di controllo"** (cui si aggiungono, parimenti a quanto disponeva il vecchio art. 38, il direttore tecnico, il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci).

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 9383 del 2013, proposto da:
Aimeri Ambiente Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. Saverio Profeta e Giovanni Todisco, con domicilio eletto presso l'avv. Giovanni Todisco in Roma, viale Angelico, n. 12;

contro

Comune di Conversano, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Felice Ingravalle, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Sanino in Roma, viale Parioli, n. 180;

nei confronti di

Lombardi Ecologia Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Gennaro Rocco Notarnicola, con domicilio eletto presso l'avv. Alfredo Placidi in Roma, Via Cosseria, n. 2;

CNS – Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

Consorzio Gema, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;
Teknoservice Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;
Ciclat Ambiente Soc Coop, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;
Antinia Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;
Tradeco Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. Aldo Loiodice e Isabella Loiodice, con domicilio eletto presso l'avv. Aldo Loiodice in Roma, via Ombrone, n. 12, Pal. B;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, n. 01287/2013, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di igiene urbana - Risarcimento dei danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Conversano, di Lombardi Ecologia Srl e di Tradeco Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 maggio 2016 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Fabio Elefante, su delega dell'avv. Saverio Profeta, Michele Perrone, su delega dell'avv. Massimo Felice Ingravalle, e Silvestro Lazzari, su delega dell'avv. Aldo Loiodice;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Bari, Sez. I, con la sentenza 30 agosto 2013, n. 1287, ha respinto il ricorso, integrato da motivi aggiunti, proposto dall'attuale parte appellante Aimeri Ambiente per l'annullamento: dei verbali della Commissione di gara nella parte in cui hanno disposto l'ammissione con riserva o l'esclusione di Aimeri Ambiente s.r.l. alla procedura aperta per l'affidamento dei servizi di spazzatura, raccolta, trasporto dei rifiuti urbani ed assimilati, servizi complementari, raccolta differenziata indetta dal Comune di Conversano; della comunicazione del Comune di Conversano, Servizio Politiche Ambientali prot. n. 0026962 in data 13.11.2012, con cui viene comunicata l'esclusione di Aimeri Ambiente s.r.l. dalla procedura aperta indicata al precedente punto; dell'aggiudicazione provvisoria della gara e del servizio meglio specificato al precedente punto, a favore di Lombardi Ecologia s.r.l., disposta dalla Commissione di gara in data 24.10.2012.

Il TAR in sintesi ha ritenuto che:

- il provvedimento di esclusione si fondava sulla constatazione dell'esistenza di condanne penali definitive a carico del Consigliere, Presidente e Amministratore delegato della società Biancamano s.p.a., società socia di maggioranza (attualmente socio unico) dell'odierna ricorrente Aimeri Ambiente s.r.l. (società con meno di 4 soci) per la quota del 99,9827%, nonché a carico di altro Consigliere e Vice Presidente della società Biancamano s.p.a.;
- dette condanne, peraltro dichiarate ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, sono state considerate dalla stazione appaltante relative a reati incidenti sulla moralità professionale dei soggetti in esame e quindi tali da comportare l'esclusione della ditta Aimeri;
- il riferimento normativo, contenuto nell'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, come novellato sul punto dall'art. 4 D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, nella L. 12 luglio 2011, n. 106, applicabile *ratione temporis* alla procedura di gara in esame, al "socio di maggioranza" deve essere interpretato anche nel senso di socio di maggioranza - persona giuridica e non solo persona fisica, onde evitare la facile elusione della disciplina legislativa;
- le valutazioni espresse dalla stazione appaltante in sede di esclusione della società ricorrente in ordine alla gravità dei reati contestati, tipica espressione di discrezionalità tecnica, sono immuni da vizi macroscopici, essendo peraltro relative a fattispecie incriminatrici certamente pertinenti rispetto al servizio oggetto della procedura di gara per cui è causa.

L'appellante ha contestato la correttezza di tale sentenza, deducendo i seguenti motivi d'appello:

- *Error in iudicando*. Violazione dell'art. 38, comma 1, d.lgs. n. 163-2006. Violazione dell'art. 3 della Costituzione, Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, disparità di trattamento, ingiustizia manifesta.
- Violazione dell'art. 38, comma 1, d.lgs. n. 163-2006. Eccesso di potere per difetto di motivazione, travisamento dei presupposti in fatto ed in diritto, irrazionalità, ingiustizia manifesta.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Conversano, la Lombardi Ecologia s.r.l. e la Tradeco s.r.l., chiedendo la reiezione dell'appello.

All'udienza pubblica del 5 maggio 2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio rileva in punto di fatto che la vicenda oggetto del giudizio riguarda l'esclusione dell'appellante dalla procedura di gara per l'affidamento dei servizi di spazzatura, raccolta, trasporto dei rifiuti urbani ed assimilati, servizi complementari, raccolta differenziata, indetta dal Comune di Conversano.

L'appellante è una società costituita da meno di quattro soci e tra i soci è ricompresa una persona giuridica, Biancamano spa, società quotata, titolare del 99.9827% del capitale sociale dell'appellante, partecipata da altri soggetti per una quota dello 0,0173%.

L'appellante ha prudenzialmente reso dichiarazione ai sensi dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 anche in relazione alle figure del Presidente e del Vicepresidente di Biancamano spa, dichiarazione da cui risultava l'esistenza di condanne penali.

In particolare, risultava la condanna per il reato di attività di gestione di rifiuti non autorizzata (rifiuti non pericolosi), in concorso ex art. 110 c.p. e art. 51, comma 4, d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22" del Presidente e del Vice Presidente del Consiglio di amministrazione della Biancamano spa.

2. Osserva la Sezione in via preliminare che non è ragionevole ed anche priva di razionale giustificazioni la limitazione della verifica sui reati ex art. 38 del D. Lgs. N. 163 del 2006 solo con riguardo al socio unico persona fisica o al socio di maggioranza persona fisica per le società con meno di quattro soci, atteso che la garanzia di moralità del concorrente che partecipa a un appalto pubblico non può limitarsi al socio persona fisica, ma deve interessare anche il socio persona giuridica per il quale il controllo ha più ragione di essere, trattandosi di società collegate in cui potrebbero annidarsi fenomeni di irregolarità elusive degli obiettivi di trasparenza perseguiti.

Se lo spirito del Codice dei contratti pubblici è improntato ad assicurare legalità e trasparenza nei procedimenti degli appalti pubblici, occorre garantire l'integrità morale del concorrente sia se persona fisica che persona giuridica.

In caso contrario, verrebbe violato il principio della par condicio dei concorrenti in quanto una società concorrente con socio unico o socio di maggioranza che sia persona fisica sarebbe soggetto alla dichiarazione e non invece un concorrente che sia persona giuridica.

Peraltro il problema della irragionevolezza della norma relativa alla causa di esclusione ex art. 38, comma 1, lett. c), del Codice dei contratti pubblici, è circoscritta alla sola ipotesi testuale del socio unico persona fisica e non è pertanto rilevante nella specie, ove come detto Biancamano spa, società quotata, è titolare del 99.9827% del capitale sociale dell'appellante, ma è partecipata da altri soggetti per una quota dello 0,0173% e, dunque, non è socio unico.

3. Infatti, l'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. cit., nell'attuale versione novellata dall'art. 4, comma 2, lett. b), l. n. 106-2011, estende il novero dei soggetti delle società di capitali di cui occorre accertare la moralità professionale ai fini dell'ammissione alle gare pubbliche al "socio unico persona fisica" ed al "socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci".

Il dato testuale della norma indica che, con riferimento al "socio di maggioranza", il legislatore non ha incluso alcuna specificazione in relazione alla natura giuridica del socio, con la conseguenza che si avvalora l'opzione ermeneutica per la quale l'espressione testuale vale tanto per la persona fisica, quanto per la persona giuridica, in conformità ad un approccio

sostanzialistico alla normativa che attribuisce rilievo ai requisiti di moralità di tutti i soggetti che condizionano la volontà degli operatori che stipulano contratti con la pubblica amministrazione, a prescindere dalla circostanza che siano persone fisiche o giuridiche, in ossequio ai principi di lealtà, correttezza, trasparenza e buona amministrazione.

Sotto questo profilo, ad orientare l'interprete, non deve essere sottovalutato l'argomento antielusivo utilizzato dal TAR a sostegno della sua decisione, atteso che la locuzione "socio di maggioranza", contenuta nell'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (come novellato sul punto dall'art. 4 decreto legge 13 maggio 2011, n. 70 convertito, con modificazioni, nella legge 12 luglio 2011 n. 106), è riferibile anche al socio di maggioranza - persona giuridica e non solo persona fisica, per evitare la facile elusione della disciplina legislativa, facile elusione a maggior ragione prospettabile nella specie, in cui il socio di maggioranza ha pressoché la totalità delle quote dell'offerente.

4. Peraltro, come osserva correttamente il controinteressato, a sostegno della tesi sopraindicata milita il contenuto dell'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE. Tale norma, infatti, nell'imporre l'esclusione dalla partecipazione agli appalti pubblici del candidato o dell'offerente che abbia riportato condanne per talune ipotesi di reato, dispone: "in funzione del diritto nazionale dello Stato membro in cui sono stabiliti i candidati o gli offerenti, le richieste riguarderanno le persone giuridiche e/o le persone fisiche, compresi, se del caso, i dirigenti delle imprese o qualsiasi persona che eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo del candidato o dell'offerente".

Pertanto, non solo il diritto dell'Unione non osta alla verifica della sussistenza dei requisiti morali rispetto alle persone giuridiche e non solo alle persone fisiche, ma impone di effettuare il controllo nei confronti di ogni soggetto che, nella sostanza, "eserciti il potere di rappresentanza, di decisione o di controllo del candidato o dell'offerente", come nell'ipotesi in esame, in cui certamente il Presidente del Consiglio di amministrazione della Biancamano spa, la quale ha la quasi totalità delle quote dell'offerente, è nella posizione di esercitare anche un potere di decisione e di controllo nei confronti dell'offerente medesima.

Infatti, il soggetto che possieda il 99,9827% della società appellante, con meno di quattro soci, ha un "significativo" se non esclusivo, "ruolo decisionale e gestionale societario" nell'ambito della stessa e, come tale, soggiace all'obbligo di accertamento della verifica dei requisiti morali in capo ai soggetti muniti di poteri di rappresentanza e direzione tecnica in seno allo stesso.

5. Per quanto riguarda la valutazione dell'incidenza del reato sulla moralità professionale, si deve rilevare che devono condividersi le conclusioni assunte dall'Amministrazione, atteso che la "gravità" dei reati per i quali sono stati condannati in via definitiva i Consiglieri della Biancamano spa emerge sia all'evidenza dalla motivazione addotta dalla sentenza di condanna del Tribunale di Imperia del 28.12.2004 per la mancata concessione delle attenuanti generiche, sia dal fatto che gli stessi hanno continuato a gestire l'impianto oggetto del processo senza rispettare le prescrizioni e gli ordini dell'Autorità, sia dal mancato adempimento delle prescrizioni cui il Giudice aveva subordinato la concessione della sospensione condizionale della pena, sia dall'insussistenza della declaratoria di estinzione del

reato de quo e dalla loro mancata riabilitazione.

Peraltro, il lasso di tempo trascorso dai fatti che hanno originato il giudizio è stato preso in considerazione ed è stato valutato non rilevante ai fini di escluderne l'incidenza sul giudizio di moralità professionale in modo non irragionevole, atteso che è trascorso un periodo di gran lunga inferiore se si considera la data del passaggio in giudicato delle sentenze di condanna e se si considera l'entità delle condanne che bilanciano ampiamente, secondo una valutazione di spettanza dell'Amministrazione non macroscopicamente irragionevole, il periodo di tempo trascorso dalla condanna.

6. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto.

Le spese di lite del presente grado di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi in ragione della novità della questione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello principale come in epigrafe indicato, lo respinge.

Compensa le spese di lite del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 maggio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere