



REGIONE SICILIANA  
ASSESSORATO  
AGRICOLTURA E FORESTE

Programma  
di Sviluppo  
Rurale PSR  
Sicilia 2007-2013



UNIONE EUROPEA  
FEASR

## VERBALE DI GARA N.2 DEL 21/10/2014 SEDUTA PUBBLICA

OGGETTO: Verbale di procedura aperta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento dei servizi per la realizzazione di itinerari tematici, piano di Marketing ed organizzazione dell'offerta territoriale. Mis. 313 Az. B del PSL Natiblei.

CIG: 5874394747;

Importo a base d'asta: € 90.150,00 oltre Iva 22%

\*\*\*\*\*

L'anno duemilaquattordici, il giorno ~~ventitré~~<sup>ventiquattro</sup> del mese di Ottobre, alle ore 10,00 presso i locali del Gal Natiblei, in Via P. Iolanda 51, Canicattini Bagni (SR) si è riunita in seconda seduta pubblica la commissione giudicatrice per l'espletamento della procedura aperta, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento dei servizi per la realizzazione di itinerari tematici, piano di Marketing ed organizzazione dell'offerta territoriale, a prosecuzione delle operazioni di gara di cui al verbale del 13/10/2014.

Sono presenti i componenti della commissione:

1. . Dott. Giovanni Castello - Presidente -
2. . Avv. Gabriella Larganà - Componente esperto -
3. . Ing. Alessandro Amato - Componente esperto -
4. . Dott. Daniele Blancato - Segretario -

nominati con Determinazione Presidenziale n.1 del 01/10/2014. Presenzia il Responsabile del Procedimento Geom. Sebastiano Di Mauro. Della presente seduta è stata data comunicazione mediante avviso pubblicato sul sito web istituzionale dell'ente in data 21/10/2014. Il segretario verbalizzante consegna le buste da lui custodite in apposito armadio.

### IL PRESIDENTE

alla continua presenza dei componenti della commissione, alle ore 10,30 inizia le operazioni di gara in seduta pubblica dichiarando aperta la stessa.

Risultano presenti:

- 1) La Sig.ra CORDOVANA COLAJANNI ALBA MARIA, nata a Mazzarino (CL) il 13/02/1957 nella qualità di legale rappresentante dell'associazione Centro Interdisciplinare di Studi e ricerche CISER, la cui identità si accerta a mezzo C.I.;

La Commissione prende atto che sono pervenuti entro i termini assegnati, a mezzo PEC e/o racc., i chiarimenti richiesti alle ditte Puzzle Agency di Anna Maria Alessio e Mindbook srl, rispettivamente con nota PEC del 15/10/2014, acquisita al prot. 638/nat del 15/10/2014, e nota PEC del 17/10/2014, acquisita al prot. 645/nat del 17/10/2014.

Si procede alla verifica dei chiarimenti della ditta PUZZLE AGENCY di Anna Maria Alessio. La Commissione giudica bastevoli i chiarimenti forniti, si scioglie la riserva e pertanto dichiara AMMESSA la suddetta ditta.

Si procede alla verifica dei chiarimenti della ditta MINDBOOK SRL di Anna Maria Alessio. Alla luce dei chiarimenti forniti, che non vengono ammessi, si esclude la ditta per la mancanza della dichiarazione ex art. 38 del D.lgs. 163./2006, giusta nota allegata al presente verbale (All.A) contenente le motivazioni di esclusione, attesa la non rispondenza alle disposizioni di cui dell'art. 9, punto 2 del bando di gara.

Si procede alla verifica delle buste del **Plico n. 4**. Mandataria: AGOTRE SRL. Mandante: AGENZIA FAMOSO SAS.

La Commissione procede all'apertura della BUSTA A - Documentazione Amministrativa e procede alla verifica della completezza della documentazione come richiesta in bando di gara. La ditta non indica nella domanda di partecipazione le quote di partecipazione al raggruppamento. Si richiama sul punto Consiglio di Stato n. 1422 del 2011, n. 472 del 2011. La ditta viene pertanto esclusa in quanto manca un requisito di ammissione alla gara.

Si procede alla verifica delle buste del **Plico n. 5** WWF RICERCA E PROGETTI SRL

La Commissione procede all'apertura della BUSTA A - Documentazione Amministrativa e procede alla verifica della completezza della documentazione come richiesta in bando di gara. Si conviene di richiedere alla ditta appendice alla polizza fideiussoria ove risultino i poteri di firma dell'agente contraente. La ditta è pertanto ammessa con riserva.

Vengono inseriti a sistema i PASSOE della ditte Mindbook srl, Agotre srl, WWF Ricerca e Progetti.

Si procede al sorteggio tra le ditte ammesse per la comprova delle dichiarazioni rese ex art. 48 c.1 del Codice dei Contratti. Si predispongono i bussolotti contenenti i numeri oggetto di estrazione. La sig.ra Cordovana Colajanni viene invitata a procedere all'estrazione. Viene estratto il numero due. Si conviene pertanto di richiedere alla ditta n. 2 CISER Centro Interdisciplinare di studi e ricerche la documentazione a comprova del possesso dei requisiti speciali ai sensi dell'art. 48 c.1 del D.lgs. 163/2006.

Viene disposta la custodia dei plichi in apposito armadio blindato fino alla nuova data di riunione della commissione, sotto la custodia del Segretario Verbalizzante.

Le ditte presenti dichiarano che non hanno alcuna osservazione da inserire nel presente verbale. La seduta è tolta alle ore 12.50. Del che il presente verbale che, letto e confermato, viene sottoscritto come segue:

Il Presidente

Dott. Giovanni Castello

Il Componente

Avv. Gabriella Larganà

Il Componente

Ing. Alessandro Amato

Il Segretario

Dante Blancato

**Motivi di esclusione della Ditta MINDBOOK SRL**

**Offerta n. 3**

**Mancata allegazione delle dichiarazioni richieste dall'art. 38, comma 1, lettere b, c ed m-ter del D.Lgs n. 163/2006 del Codice dei Contratti da parte del socio di maggioranza sig. conformemente alle prescrizioni del Codice e della *lex specialis*.**

La Commissione esaminata l'istanza di partecipazione della ditta ha rilevato la mancanza di dichiarazioni circa l'assenza di cause di esclusione per procedimento di prevenzione e per condanne penali nonché quella da rendere ai sensi della lettera m-ter del d.lgs. n. 163/2006.

Tali dichiarazioni sono state rese dal solo rappresentante legale anziché dal socio di maggioranza della S.r.l..

Pertanto, secondo la Stazione appaltante, trattandosi di società a responsabilità limitata costituita da due soci, di cui uno detentore del 80% delle quote societarie, le dichiarazioni sopra richiamate avrebbero dovuto essere rese non solo dal rappresentante legale ma anche dal Sig. DI PERNA GIANCOSMO essendo socio di maggioranza, così, come risulta dalla nota prot. 20141015 trasmessa dalla medesima ditta a mezzo PEC in data 15/10/2014, acquisita al protocollo dell'ente n. 638/nat di pari data.

Siffatta circostanza rende inevitabile l'esclusione della ditta Mindbook SRL per il motivo sopra indicato le cui ragioni giuridiche trovano conferma nella giurisprudenza amministrativa consolidata in materia.

Al tal uopo, per completezza di disamina della fattispecie *de qua* si richiamano i seguenti orientamenti giurisprudenziali

La recente giurisprudenza amministrativa ha chiaramente statuito che “ *..in tema di gara l'inosservanza dell'obbligo di rendere al momento della presentazione della domanda di partecipazione le dichiarazioni richieste dall'art. 38 del codice dei contratti comporta l'esclusione del concorrente, senza che sia consentito alla stazione appaltante disporre la regolarizzazione o integrazione, non trattandosi di mera irregolarità, vizio o dimenticanza di carattere puramente formale...*” (Consiglio di Stato sez. III, 02 luglio 2013, n. 3550)

Le lettere b) e c) dell'art. 38, comma 1, del Codice riguardano, rispettivamente, le cause di esclusione per procedimento di prevenzione e per condanne penali, mentre la lettera m-ter prevede l'esclusione dalle gare dei soggetti di cui alle citate lettere b) e c) che non abbiano denunciato all'autorità giudiziaria i fatti di reati ivi richiamati.

Si tratta, più specificamente, di cause di esclusione che operano, per espresso dettato normativo, qualora riguardino “*il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; i soci o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società*”.

La finalità dell'articolo 38 cit. è quella di attuare un controllo effettivo sull'idoneità morale degli operatori economici, con riferimento a tutti i soggetti in grado di impegnare all'esterno l'impresa, tanto da richiedere le dichiarazioni non solo in capo agli amministratori muniti di legale (e formale) potere di rappresentanza, ma anche ai direttori tecnici e, in determinate ipotesi, anche al socio di maggioranza .

**La disposizione normativa in parola va, dunque, interpretata nel senso che coloro i quali rivestono cariche societarie, alle quali è per legge istituzionalmente connesso il possesso di poteri rappresentativi, sono in ogni caso tenuti a rendere la dichiarazione in essa prevista.**

Tornando ora al caso di specie e all'evoluzione normativa che ha interessato la disposizione di cui si discute, va preliminarmente evidenziato che prima della modifica apportata all'art. 38 con il D.L. n. 70/2011, il controllo in gara sui soci di società di capitali con socio unico o, comunque, con meno di quattro soci non veniva effettuato in quanto la normativa di settore circoscriveva il controllo ai soli soci di società di persone, salvo poi consentire il diniego di stipulazione o la risoluzione del contratto ove il controllo antimafia avesse rivelato misure di prevenzione, condanne penali o processi pendenti, a carico di tali soci. Pertanto, con la modifica sopra richiamata si è, anzitutto, inteso risolvere il problema del controllo sui soci di società di capitali con socio unico o con meno di quattro soci.

Si è, pertanto, previsto che il procedimento di prevenzione o le condanne penali menzionate sono causa di esclusione anche se riguardano il socio persona fisica nel caso si tratti di socio unico di società di capitali ovvero di socio di maggioranza in società di capitali con meno di quattro soci.

Pertanto, se questo è l'intento rafforzativo sotteso alla *ratio* della novella legislativa in parola, appare congruo e conforme allo spirito ed alla *voluntas legis* che il controllo preventivo debba essere effettuato nei confronti del socio di capitale detentore in misura maggioritaria delle quote di partecipazione essendo quest'ultimo espressione di una convergente potestà dominicale e direzionale della società.

**L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 24 del 6 novembre 2013** ha chiarito il significato dell'espressione "socio di maggioranza" utilizzata alle lettere b), c) e m-ter) dell'art. 38, comma 1 del d.lgs. n. 163/2006 (il "Codice degli Appalti").

Secondo i giudici di Palazzo Spada i soci che – in quanto titolari di posizioni idonee a condizionare la gestione delle società di capitali con meno di quattro soci – sono tenuti a rendere le dichiarazioni in ordine al possesso dei requisiti generali vanno individuati attenendosi al seguente principio di diritto: "*L'espressione <socio di maggioranza> di cui alle lettere b) e c) dell'art. 38, comma 1, del 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 ciascuno del 50% del capitale o, se i soci sono tre, al socio titolare del 50%.*".

La vicenda trae origine dall'appello promosso dal concorrente secondo classificato avverso la sentenza di primo grado che dichiarava inammissibile il ricorso. Nell'ambito del giudizio di impugnazione l'aggiudicatario proponeva nuovamente i motivi del ricorso incidentale in primo grado, diretti contro l'ammissione dell'appellante alla gara.

In particolare, l'aggiudicatario rilevava che l'appellante avrebbe dovuto essere escluso per violazione dell'art. 38, comma 1 del Codice degli Appalti e della *lex specialis* di gara dal momento che, pur trattandosi di una società di capitali con soli tre soci, non aveva presentato la dichiarazione in ordine al possesso dei requisiti generali del soggetto che – in quanto detentore di una partecipazione superiore di un solo decimale rispetto alle quote identiche degli altri due soci – doveva essere considerato socio di maggioranza ai sensi del citato art. 38, comma 1.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, avanti al quale era stato proposto l'appello, ha quindi sottoposto all'esame dell'Adunanza plenaria la questione di diritto sollevata ritenendo che potesse dare adito a contrasti giurisprudenziali.

La decisione ruota tutta attorno all'interpretazione dell'art. 38, comma 1 del Codice degli Appalti a mente del quale "*1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: a)...* ; b) nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause


*ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; i soci o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società: ..."* (con un'elencazione analoga sono individuati i soggetti a cui si applica la causa di esclusione di cui alla lett. c) dell'art. 38, comma 1; mentre per individuare i soggetti destinatari della lett. m-ter) dell'art. 38, comma 1 viene richiamata la lett. b) dell'art. 38, comma 1).



Al riguardo merita ricordare che l'attuale formulazione del comma 1 dell'art. 38 è il risultato della novella apportata dal decreto – legge n. 70 del 2011, convertito con modifiche dalla legge n. 106 del 2011, che, tra l'altro, ha ampliato l'elenco dei soggetti di cui alle lett. b), c) e m-ter) includendovi 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”*.


Già all'indomani di tale modifica, si era posta la questione sul corretto significato da attribuire all'espressione “socio di maggioranza”, visto che la norma non indica se si tratta di maggioranza “assoluta” (partecipazione superiore al 50% del capitale sociale) o di maggioranza “relativa”.

La soluzione a tale dubbio – come osserva l'Adunanza plenaria – va individuata nel rispetto sia dello scopo perseguito dall'art. 38 del Codice degli Appalti, sia del principio di tassatività e tipizzazione delle cause di esclusione di cui all'art. 46, comma 1 – bis del Codice degli Appalti (introdotto dal medesimo D.L. n. 70/2011) per evitare valutazioni discrezionali che possono differire a seconda della stazione appaltante.

La logica sottesa alla modifica introdotta dal legislatore – viene chiarito nella pronuncia – è quella di controllare l'affidabilità delle società con una ridotta composizione societaria verificando la sussistenza dei requisiti generali in capo a quei soci che possono condizionare le decisioni sociali, “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”.

A detta dell'Adunanza Plenaria da ciò discende che, nel caso di società con due soli soci che detengono ognuno il 50% del capitale, le dichiarazioni di cui alle lettere b), c) e m-ter) dell'art. 38, comma 1 del Codice degli Appalti dovranno essere rese da entrambi i soci dal momento che ciascuno dei due può condizionare, da solo, le decisioni sociali: *“... poiché nessuna decisione può essere presa se uno dei due è contrario mentre entrambi devono concordare su ciascuna decisione”*. 

Nel caso di società con tre soci di cui nessuno titolare di una partecipazione al 50%, nessuno dei soci ha l'obbligo di rendere le dichiarazioni previste considerato che ognuno di loro non può determinare da solo le scelte societarie: *“... poiché ognuno può essere sostituito da uno degli altri due per raggiungere la maggioranza decisionale: ciascun socio può perciò concorrere ad adottare la decisione ma non è mai esclusivamente e sempre da solo determinante, poiché se uno dei tre soci è contrario a una decisione questa può essere comunque assunta per accordo tra gli altri due, potendo ogni socio accordarsi con ciascuno degli altri in quanto non costretto a consentire con uno solo di essi data la ripartizione del capitale sociale (cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2013, n. 3963)”*.   


Diverso invece il caso di società con tre soci di cui uno è titolare di una partecipazione al 50%, in questa ipotesi le dichiarazioni andranno rese dal solo socio al 50% il quale gode di un potere determinante sulla gestione societaria: “Il socio al 50% condiziona infatti, da solo, le decisioni sociali poiché in nessun caso possono essere adottate senza il suo consenso, che è quindi sempre necessario e imprescindibile mentre egli può accordarsi con l'uno o l'altro dei due restanti soci senza l'obbligo di farlo con uno solo di essi, nessuno dei quali esercita perciò un potere determinante”. 

In armonia con il principio di tipizzazione delle cause di esclusione, il Consiglio di Stato fornisce così una soluzione precisa per ogni caso in cui viene in rilievo l'interpretazione dell'espressione "socio di maggioranza", limitando di conseguenza la discrezionalità della pubblica amministrazione e il rischio di contenziosi.

Conformemente all'orientamento giurisprudenziale sopra menzionato si citano alcuni pareri resi dall'Autorità di Vigilanza: *ex multis* **parere n.200 del 20/11/2013; parere n.105 del 27/06/2012.**

Per quanto sopra evidenziato questa Commissione decide per l'esclusione della Ditta dalla gara, stante la mancanza di dichiarazione ex art.38, comma 1, lettera b,c e m-ter del Codice dei Contratti.

Siffatto epilogo negativo ben poteva essere evitato nel caso *de quo* se il rappresentante legale avesse reso la dichiarazione anche per conto del socio di maggioranza; in tale ipotesi la prescrizione di cui all'articolo 38, comma 1, lettera b,c e m-ter del D. Lgs. 163/2006 sarebbe stata adempiuta dalla ditta.

Sul punto, con parere n. 192 del 21.11.2012, l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici ha affermato che *"...secondo i principi generali in tema di rappresentanza, anche una dichiarazione di scienza può essere resa a mezzo di rappresentante. Perciò, anche nelle pubbliche gare, le dichiarazioni relative all'assenza di condanne penali sono normalmente rese non nell'interesse del solo soggetto che sottoscrive l'offerta, bensì nell'interesse dell'impresa concorrente, sicché è ben possibile che l'amministratore che sottoscrive gli atti di gara renda le dichiarazioni anche in vece degli altri amministratori coinvolti, purché nominativamente indicati, osservando le prescrizioni di cui all'art. 47 del D.P.R. n. 445 del 2000 (in giurisprudenza, tra molte: TAR Puglia, Bari, sez. I, 15 novembre 2011 n. 1712; Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2010 n. 7524).*

