

Consiglio di Stato Adunanza plenaria 6/11/2013 n. 24

APPALTI PUBBLICI - REQUISITI GENERALI - OBBLIGHI DICHIARATIVI - NEL CASO DI SOCIETA' CON DUE SOCI AL 50% - VANNO RIFERITI AD ENTRAMBI I SOCI - NEL CASO DI SOCIETA' CON TRE SOCI - VANNO RIFERITI AL SOLO SOCIO AL 50%

Le dichiarazioni richieste dall'art. 38, lettere b), c) ed m-ter del Codice, debbono essere rese da entrambi i soci partecipanti al 50% e, nel caso di tre soci, dal solo socio partecipante al 50%.

N. 00024/2013REG.PROV.COLL.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 33 di A.P. del 2013, proposto dalla s.r.l. Centro Idro-Geo-Tecnico, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati . Gabriella Caudullo, Benedetta Caruso, con domicilio eletto presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

contro

Comune di Ragusa;

nei confronti di

Presal Costruzioni s.r.l.;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. SICILIA - SEZIONE STACCATA DI CATANIA: SEZIONE I n. 246/2012, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 ottobre 2013 il consigliere Maurizio Meschino e uditi per le parti gli avvocati Caudullo e Caruso;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Ragusa indiceva un pubblico incanto per l'aggiudicazione di alcuni lavori, per un importo a base d'asta pari a € 1.108.699,96, risultando classificate all'esito delle operazioni di gara, al primo posto, la Presal Costruzioni s.r.l. (in seguito "Presal"), al secondo il Centro Idro-Geo-Tecnico s.r.l. (in seguito "Centro").

In sede di accesso il Centro riscontrava la sussistenza di alcune gravi irregolarità a carico delle imprese Italcompany s.r.l. e Consores s.r.l.. La commissione di gara prendeva atto di tali irregolarità e, con provvedimento n. 200 del 4 novembre 2011, dopo aver escluso le società Italcompany e Consores, revocava il provvedimento di aggiudicazione definitiva nei confronti della Presal; riconvocatasi quindi per la nuova determinazione della media dei ribassi offerti la commissione, il 9 novembre 2011, aggiudicava la gara in via provvisoria al Centro.

A seguito di segnalazione della Presal la commissione si riconvocava nuovamente provvedendo all'esclusione di quattro imprese, fra le quali l'impresa Spallina Lucio a causa della mancata sottoscrizione dell'offerta economica.

Con determinazione dirigenziale del 30 novembre 2011 veniva infine approvato l'esito delle operazioni di gara e disposta l'aggiudicazione definitiva a favore della Presal.

2. Il Centro, con il ricorso n. 3272 del 2011, adiva il T.a.r. per la Sicilia, sezione staccata di Catania, deducendo l'illegittimità dell'esclusione dell'impresa Spallina Lucio.

La Presal, costituitasi in giudizio, proponeva ricorso incidentale contestando, con il terzo motivo di censura, l'esclusione della Italcompany e chiedendo, per effetto dell'ideale riammissione di quest'ultima, l'aggiudicazione in suo favore.

3. Il T.a.r. adito, con la sentenza redatta in forma semplificata n. 246 del 2012, ha accolto la detta censura, con assorbimento delle altre e ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso principale.

4. Il Centro, con l'appello n. 120 del 2012 proposto al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia (in seguito "CGA"), ha impugnato la citata sentenza di primo grado. La Presal, costituitasi, ha contestato le deduzioni dell'appellante e riproposto i motivi del ricorso incidentale proposto in primo grado

5. Il CGA:

- con la sentenza non definitiva n. 659 del 2012 ha giudicato l'appello fondato nella parte (primo motivo) diretta contro l'esclusione dell'impresa Spallina Lucio e ha disposto incompetenti istruttori;

- con la successiva sentenza non definitiva, n. 590 del 2013, ha accolto in parte l'appello e contestualmente ha rimesso con ordinanza a questa Adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a. e dell'art. 10, comma 4, del d.lgs. n. 373 del 2003, l'esame di questioni di diritto rilevanti per la decisione definitiva della controversia.

6. In particolare il CGA con la sentenza n. 590 del 2013:

- ha accolto l'appello nella parte relativa alla legittimità dell'esclusione della Italcompany s.r.l.;
- ha affermato che ciò "non comporta ancora, tuttavia, l'accoglimento integrale delle pretese avanzate dal Centro, dovendosi esaminare gli altri motivi del ricorso incidentale proposto dalla Presal, specificamente diretti contro l'ammissione del Centro alla gara";
- ha ritenuto, visti i detti motivi del ricorso incidentale, di portare all'esame dell'Adunanza plenaria le correlate questioni di diritto poiché oggetto di dubbi interpretativi.

7. All'udienza del 9 ottobre 2013 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Nell'ordinanza di rimessione si riferisce che la Presal, con il primo e con il secondo motivo del ricorso incidentale:

- ha richiamato le seguenti prescrizioni: il punto 3, lettera d), del disciplinare di gara, in cui si stabilisce a pena di esclusione che l'indicazione dei nominativi, delle date di nascita e della residenza deve essere fatta non soltanto dagli amministratori muniti di rappresentanza e dal direttore tecnico ma anche dal socio di maggioranza nel caso di società (diverse dalle s.a.s. e dalle s.n.c.) con meno di quattro soci; l'art. 38, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006 (Codice dei contratti pubblici, in seguito "Codice"), per cui le dichiarazioni ivi previste devono essere rese per le società di capitali con meno di quattro soci, a pena di esclusione, anche dal socio di maggioranza;
- ha rilevato che i soci del Centro erano tre, di cui uno, la signora Beatrice De Vita, titolare di una quota pari a euro 3.333,34 su un capitale sociale complessivo di euro 10.000,00 e che il detto socio di maggioranza non aveva osservato le disposizioni citate essendo state rese le dichiarazioni prescritte soltanto dall'amministratore unico e direttore tecnico ing. Luigi De Vita;
- per cui, a fronte di tale inosservanza, la commissione di gara avrebbe dovuto escludere il Centro dalla procedura.

2. Nell'ordinanza si osserva che i due citati motivi di ricorso richiamano la medesima questione di diritto, suscettibile di dare luogo a contrasti giurisprudenziali, come risulta anzitutto dall'esame dell'art. 38, comma 1, lettera b), del Codice (come modificato dall'art. 4 del decreto-legge n. 70 del 2011, convertito dalla legge n. 106 del 2011, da applicare *ratione temporis* alla controversia di cui si tratta), per il 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; ...".

3. La questione si pone in particolare rispetto alla previsione per cui, specificato nella norma l'obbligo delle previste dichiarazioni per una serie di soggetti titolari di posizioni idonee a incidere sulla gestione di imprese anche non costituite in società di capitali, lo si prevede poi per questo tipo di società altresì in capo al "socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci", fermo restando, si precisa nell'ordinanza, che il concetto di maggioranza "indefettibilmente implica la possibilità di una quantificazione" dovendosi perciò ritenere che "il Legislatore abbia voluto alludere a una "maggioranza di diritto" (differentemente dalla nozione di controllo che può anche non essere "di diritto"), ossia a una "maggioranza di azioni", nelle società con capitale suddiviso in azioni, e a una "maggioranza di quote", nelle società con capitale suddiviso in quote."

In questo quadro il dubbio interpretativo sorge poiché non è chiarito nella norma se tale maggioranza sia quella "assoluta" (partecipazione comunque superiore al 50% del capitale sociale) ovvero quella "relativa".

Considerato che la norma prevede espressamente l'obbligo del socio unico di rendere le previste dichiarazioni e che esclude dall'obbligo il socio di maggioranza di società con quattro o più soci, i problemi applicativi, si prospetta nell'ordinanza, emergono nella seconda ipotesi, cioè quando i soci siano due o tre (nessuno dei quali disponga di una partecipazione superiore al 50%).

Nell'ordinanza si indica quindi che due casi peculiari, rilevanti nell'ipotesi di interpretazione della maggioranza come "relativa", sono quelli: a) dei due soci aventi ciascuno una partecipazione esattamente pari al 50% del capitale; e b) dei tre soci aventi una partecipazione pressoché identica e pari al 33% "e in cui, tuttavia, uno solo dei soci abbia una partecipazione – nel caso della società a responsabilità limitata, per intuitive esigenze matematiche (non essendo possibile attribuire a una quota una consistenza pari a un numero periodico) – di pochissimo superiore al 33% (exempli gratia, un'azione in più nella s.p.a. o un decimale di quota in più nella s.r.l.)".

Al riguardo si precisa che, pur essendo il caso in controversia quello di cui sub b), si ritiene opportuno esaminare anche quello sub a).

4. Si afferma quindi di propendere per la tesi per cui l'espressione "socio di maggioranza" deve intendersi nel senso di "socio titolare di azioni e quote in misura superiore al 50%" poiché, in sintesi:

- scopo della normativa è impedire 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 dell'impresa;
- nelle società di capitali composte da due o tre soci (assimilabili, per tale ristretto numero di soci, alle società di persone, alle quali soltanto l'obbligo dichiarativo era imposto fino al 13 maggio 2011) tale autonomo potere di condizionamento è esercitabile soltanto dal socio titolare di più del 50% del capitale poiché, nel caso di due soci al 50%, ciascuno ha soltanto un potere negativo, di veto, ma non di controllo sulla società, e, se i soci sono tre ciascuno con meno del 50%, nessuno di essi può controllare da solo la società;
- questa interpretazione, consentita dalla lettera della norma, elimina le difficoltà applicative che altrimenti si porrebbero, è la più coerente con i valori costituzionali ed eurounitari di buon andamento dell'amministrazione, di proporzionalità e di massima partecipazione alle procedure di gara e di tutela dell'affidamento dei concorrenti, nonché con la ratio dell'art. 38 che è norma di stretta interpretazione,

poiché limitativa della partecipazione alle gare, e da interpretare alla luce del principio di tipizzazione delle cause di esclusione introdotto in materia dal medesimo d.l. n. 70 del 2011.

5. Si espongono poi le seguenti tesi emerse nell'elaborazione giurisprudenziale e amministrativa;

- a) con la prima si è sostenuto che nel caso di due soci al 50% la dichiarazione deve essere fatta da entrambi poiché ciascuno può impedire scelte non concordate e permettere soltanto quelle che condivide, venendo richiamata per le s.r.l., a sostegno di questa interpretazione, la previsione dell'art. 2479-bis c.c. che, nel fissare i quorum costitutivi e deliberativi dell'assemblea in ogni caso non superiori alla "metà del capitale sociale", determina così un potere di condizionamento della gestione in capo al socio titolare della metà delle quote (Cons. Stato: sez. VI, 28 gennaio 2013, n. 513; in tal senso anche i pareri dell'A.V.C.P. n. 58 e n. 105 del 2012 in relazione anche ai soci titolari di un terzo della partecipazione);

- b) con la seconda (affiorata nella giurisprudenza amministrativa siciliana di primo grado) si afferma la possibile rilevanza delle partecipazioni di maggioranza relativa (in particolare riguardo ai casi, più controversi, di partecipazione al 50 e al 33 per cento) quando la disciplina di gara preveda la misura espulsiva, dovendo allora la stazione appaltante chiedere alla concorrente, in sede di soccorso istruttorio, di fornire elementi per chiarire se sussista o meno il requisito non dichiarato.

6. Nell'ordinanza queste tesi non sono condivise poiché contrastanti con la lettera dell'art. 38, che prevede l'obbligo per un solo socio di maggioranza (potendosi invero qualificare i due soci al 50% come ciascuno di minoranza) e in quanto recanti una causa di esclusione non sanabile né tassativamente prevista dalla legge, con l'attribuzione inoltre alle amministrazioni, nella seconda tesi, di una discrezionalità eccessiva appesantita da gravosi oneri istruttori e perciò foriera anche di un aumento del contenzioso.

7. Su questa base nell'ordinanza si formula il seguente quesito: "l) Chiarisca Codesta Adunanza Plenaria se l'art. 38, comma 1, lett. b), del D.Lgs. n. 163/2006, laddove menziona, in relazione alle società, composte da meno di quattro soci e costituite in forma diversa dalla società in nome collettivo e da quella in accomandita semplice, la locuzione "socio di maggioranza" sia da riferire al socio che disponga di una partecipazione, in azioni o in quote, superiore al 50% del capitale (maggioranza assoluta) oppure ad entrambi i soci con una partecipazione al capitale sociale esattamente pari al 50% (ipotesi A di maggioranza relativa) o, ancora, al socio con una partecipazione al capitale inferiore al 50%, ma comunque superiore, anche in misura minima, a quella degli altri due soci (ipotesi B di maggioranza relativa)"

8. Rispetto al caso di specie si prospetta poi, se si affermasse la tesi della rilevanza della maggioranza relativa, che la signora Beatrice De Vita è titolare di una quota che è formalmente di maggioranza ma per un solo centesimo maggiore di quella degli altri due soci (euro 3.333,34 invece di euro 3.333,33), per l'esigenza matematica di attribuire anche lo 0,01 delle quote per raggiungere la maggioranza del 100%; sarebbe allora un mero formalismo, contrario all'interpretazione ragionevole della normativa, considerare la signora De Vita, per ciò solo, socio di maggioranza con potere di condizionamento della gestione societaria, ricordato anche l'ultimo comma dell'art. 2479 c.c. per il quale "Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, le decisioni dei soci sono prese con il voto favorevole di una maggioranza che rappresenti almeno la metà del capitale sociale."

Ciò porta a proporre all'Adunanza plenaria il seguente ulteriore quesito: "Il) chiarisca Codesta Adunanza Plenaria se, qualora non possa circoscriversi l'interpretazione della locuzione "socio di maggioranza" al solo caso del socio con maggioranza assoluta, la medesima locuzione, al ricorrere del caso definito nel precedente punto l) come "ipotesi B di maggioranza relativa" e, segnatamente, al ricorrere dell'ipotesi del capitale diviso per tre, l'interprete debba prendere in considerazione unicamente il dato matematico della maggiore consistenza della partecipazione al capitale suddiviso in azioni o in quote o se, piuttosto, debba farsi riferimento, caso per caso, all'intensità e all'effettività dei poteri giuridici di interferenza e condizionamento dell'attività sociale in concreto riconducibili alla partecipazione di maggioranza relativa.".

9. Si passa ora all'esame dei quesiti così posti, la cui soluzione deve essere idonea:

- a realizzare lo scopo della normativa dell'art. 38 del Codice che, attraverso l'obbligo delle dichiarazioni per "il socio di maggioranza", vuole garantire che le stazioni appaltanti possano verificare l'affidabilità morale delle società concorrenti con un ristretto numero di soci e che sussistano perciò i relativi requisiti in capo al socio che esercita un potere decisionale condizionante la gestione;

- ad assicurare l'osservanza del principio della tassatività e tipizzazione delle cause di esclusione, posto con l'art. 46, comma 1-bis del Codice (anche introdotto con il decreto legge n. 70 del 2011), evitando perciò che la nozione di "socio di maggioranza" sia possibilmente diversa a seconda della valutazione discrezionale delle stazioni appaltanti.

In questo quadro l'Adunanza plenaria ritiene che le dichiarazioni di cui si tratta, richieste dall'art. 38, lettere b), c) ed m-ter del Codice, debbano essere rese da entrambi i soci partecipanti al 50% e, nel caso di tre soci, dal solo socio partecipante al 50%, per le ragioni di seguito esposte.

9.1. Come indicato nell'ordinanza di rimessione la lettera della norma non è chiara non essendo completata l'espressione "socio di maggioranza" con la precisazione del tipo di maggioranza richiamata, se assoluta o relativa, e risultando perciò giustificato il conseguente dubbio interpretativo.

Riguardo all'espressione letterale questo Consiglio ha già precisato che il riferimento al "socio" e non "ai soci" di maggioranza non è dirimente poiché "l'impiego del singolare non è decisivo, potendosi esso spiegare in funzione della portata dell'obbligo dichiarativo, che fa evidentemente capo al singolo esponente societario, non senza trascurare che la formulazione della norma non reca la specificazione che deve trattarsi di maggioranza assoluta" (Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2012, n. 4654).

Per risolvere il dubbio è quindi necessario basarsi sulla finalità della normativa che, come detto, è quella di assicurare che non partecipino alle gare, né stipulino contratti con le amministrazioni pubbliche, società di capitali con due o tre soci per le quali non siano attestati i previsti requisiti di idoneità morale in capo ai soci aventi un potere necessariamente condizionante le decisioni di gestione della società; dovendosi accedere ad un'interpretazione teleologica delle disposizioni de qua che, senza fermarsi al dato meramente letterale, si armonizzi con la ratio specifica della normativa sugli appalti pubblici, per la quale è ostativo il mancato possesso dei requisiti morali da parte di soci idonei a influenzare, in termini decisivi e ineludibili, le decisioni societarie.

9.2. Un socio ha un tale potere quando per adottare le decisioni non si può prescindere dal suo apporto, assumendo di conseguenza questo potere efficacia determinante non soltanto in negativo, in

funzione di veto, ma anche in positivo, in funzione di codeterminazione, poiché il socio che ha il potere di interdire l'adozione di una decisione è anche quello che deve concorrere perché sia adottata.

Questa situazione si riscontra nel caso di due soci al 50% poiché nessuna decisione può essere presa se uno dei due è contrario mentre entrambi devono concordare su ciascuna decisione.

Ciò rilevato risulterebbe contrastante con la ratio della normativa che nessuno dei due soci provveda alle dichiarazioni richieste dalla legge necessarie per il controllo dell'idoneità morale della società, pur potendo ciascuno dei due condizionare, da solo, le decisioni societarie, dovendosi quindi concludere che entrambi i soci devono rendere le dichiarazioni prescritte.

9.3. Nella situazione di una società con tre soci la conclusione è diversa a seconda che nessuno dei tre soci partecipi al 50% ovvero ve ne sia uno titolare di tale partecipazione.

Nel primo caso la percentuale della partecipazione di ciascun socio è variabile secondo le diverse situazioni concrete inclusa l'ipotesi che un socio sia titolare del 49% e gli altri due concorrano, con la propria partecipazione, a raggiungere il restante 51%.

Ne consegue che nessun socio ha potere determinante 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).

Nessuno dei soci ha perciò l'obbligo delle dichiarazioni poiché nessuno esercita un potere decisionale condizionante in quanto imprescindibile, tale perciò da farne qualificare la relativa posizione sostanziale come quella di un socio di maggioranza; il concorso alle decisioni di volta in volta possibile da parte di ciascun socio non autorizza infatti la conclusione che ognuno di essi debba rendere le previste dichiarazioni, poiché la latitudine interpretativa consentita dalla norma, che comunque si riferisce al "socio di maggioranza", non è tale da giustificare l'obbligo delle dichiarazioni per il socio che non sia di maggioranza neanche nel significato sostanziale di cui si è detto.

Neppure varrebbe perciò, contro quanto esposto, affermare che ciascun socio sarebbe, in tesi, dotato di potere condizionante in quanto nessuno di essi concordi con nessun altro sulle decisioni da adottare, dovendosi ritenere che la normativa sia riferita all'ipotesi fisiologica della gestione attiva della società, che esiste per operare, come appunto provato dal riferimento al "socio di maggioranza", cioè a un soggetto in posizione tale da condizionare la gestione nell'adozione di scelte operative.

9.4. Il caso della società con tre soci in cui uno sia partecipante al 50%, variando le partecipazioni degli altri due a concorrenza del restante 50%, risulta diverso sulla base delle medesime considerazioni sinora svolte.

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.

Ne consegue che nel caso in esame obbligato a rendere le previste dichiarazioni è soltanto il socio al 50% in quanto titolare di potere condizionante le decisioni della società.

9.5. Queste conclusioni, idonee a risolvere i dubbi interpretativi originati dalla normativa in modo coerente con la sua ratio, risultano anche adeguate allo scopo, sottolineato nell'ordinanza di rimessione, di evitare margini di discrezionalità e incertezza nell'azione amministrativa (e quindi per i concorrenti alle gare), essendo individuati preventivamente i soci obbligati alle dichiarazioni - i due soci al 50% e, se i soci sono tre, il socio al 50%, poiché in posizione determinante- oltre, pacificamente, il caso del socio che possieda la maggioranza economica del capitale (socio al più del 50%).

9.6. Esse appaiono anche coerenti con la normativa sulla tassatività e tipizzazione delle cause di esclusione. Infatti, da un lato, la mancata dichiarazione da parte dei soggetti sopra indicati si configura quale ragione di esclusione per "mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice" (art. 46, comma 1-bis, del Codice, aggiunto dall'art. 4, del d.l. n. 70 del 2011), ponendosi l'inadempimento in questione in contrasto con le dette prescrizioni secondo il loro fine sostanziale di salvaguardia delle garanzie di affidabilità dei contraenti, e, dall'altro, la precisazione di fattispecie certe preclude nell'applicazione della normativa l'individuazione di cause di esclusione non preordinate, in coerenza con la prescrizione della loro tipizzazione.

9.7. A quest'ultimo riguardo appare opportuno precisare che la certezza delle cause di esclusione non sarebbe conseguita se, nel caso di tre soci, fosse qualificato socio di maggioranza chi possieda la maggioranza relativa del capitale (da più del 33% a meno del 50%) poiché ritenuto, per ciò solo, capace di un'influenza dominante sulla società.

Considerato infatti che le restanti partecipazioni sociali non sono diffuse ma concentrate negli altri due soci, il cui accordo è quindi agevole, il socio di maggioranza relativa potrà prevenire, o condizionare, la maggioranza decisionale contraria soltanto se la sua posizione è rafforzata da ulteriori fattori di influenza, da riscontrare di volta in volta in concreto alla luce di specifiche statuizioni o accordi societari; sulla scorta perciò di valutazioni amministrative complesse e opinabili, tali da ingenerare margini di incertezza sull'operatività delle cause di esclusione: rischio questo che non si profila invece riguardo al socio al 50%, titolare effettivo, per quanto sopra detto, di una posizione di certo determinante apprezzabile sulla base di un dato oggettivo e incontrovertibile.

9.8. In riferimento specificamente alle s.r.l. le dette conclusioni risultano infine in linea con la nuova normativa posta con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative), e successive modifiche, che ha avvalorato l'elemento personale di tale tipo di società, rendendole le s.r.l. società a base personale con responsabilità limitata, e in cui è stabilito, per quanto qui più interessa, che l'assemblea dei soci è regolarmente costituita con la presenza di tanti soci che rappresentano almeno "la metà del capitale sociale e delibera a maggioranza assoluta" (art. 2479, bis, c.c., comma terzo), con la conseguenza che "il titolare di tale porzione del capitale sociale è in grado di assumere tutte le decisioni necessarie per il funzionamento della società" (Cons. Stato, sez. V, n. 4564 del 2012).

10. Riguardo ai quesiti posti con l'ordinanza di rimessione si afferma quindi il 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%."

11. Per quanto detto nel caso di specie la signora Beatrice De Vita non deve essere considerata socia di maggioranza.

12. Ciò affermato l'Adunanza plenaria restituisce gli atti al Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, ai sensi dell'art. 99, commi 1, ultimo periodo, e 4 c.p.a. per le ulteriori pronunce sul merito della controversia e sulle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria) affermato il principio di diritto di cui in motivazione, restituisce gli atti al Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana per ogni ulteriore statuizione nel merito della controversia e sulle spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2013, con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Riccardo Virgilio, Presidente

Stefano Baccharini, Presidente

Alessandro Pajno, Presidente

Raffaele Maria De Lipsis, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Antonino Anastasi, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere, Estensore

Nicola Russo, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 06/11/2013.