



Autorità Nazionale Anticorruzione

Atto di segnalazione n. 5 del 12 dicembre 2018

Recante proposta di modifica dell'ambito soggettivo dell'art. 80 del Codice dei contratti pubblici

Approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera 1141 del 12 dicembre 2018

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione



Autorità Nazionale Anticorruzione

1. Premessa

Tra i compiti assegnati all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) dall'art. 213 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) rientra quello di cui al comma 3, lett. c), di segnalare al Governo e al Parlamento proposte in ordine a modifiche occorrenti in relazione alla normativa vigente.

In considerazione di tale competenza, si intendono di seguito formulare alcune osservazioni sull'art. 80, comma 3, del Codice dei contratti pubblici, nella parte in cui prevede che le cause ostative alla partecipazione alle procedure di gara individuate dai commi 1 e 2 operino nei confronti del socio unico di società di capitali "persona fisica", ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci.

2. Quadro normativo di riferimento e relative problematiche applicative

L'art. 80 del d.lgs. 50/2016, nel disciplinare le cause di esclusione dalla partecipazione alle procedure d'appalto, individua, al comma 3, i soggetti nei cui confronti rileva il cd. "pregiudizio penale", ovvero la presenza di determinate sentenze definitive di condanna di cui al comma 1 e l'applicazione delle misure di prevenzione antimafia di cui al comma 2.

In particolare, il comma 3 dispone che quando l'impresa partecipante è una società di capitali l'esclusione va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi institori e procuratori generali, dei membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci.

La norma in oggetto, se da una parte amplia, rispetto al previgente Codice, l'ambito soggettivo di rilevanza delle sentenze di condanna e delle misure personali di prevenzione (includendo nell'elenco dei soggetti che devono possedere il relativo requisito i procuratori, gli institori e i soggetti che esercitano i poteri di direzione e vigilanza), nella parte che qui interessa, riproduce il contenuto del previgente art. 38 comma 1, lett. c), del d.lgs. 163/2006, sul quale, già in vigenza del vecchio Codice, erano sorte difficoltà applicative a causa dell'ambigua formulazione della norma e all'assenza di un orientamento giurisprudenziale unitario in materia.

La questione controversa era e rimane - in considerazione della riproposizione della norma negli stessi termini da parte del nuovo Codice - l'interpretazione da dare alla locuzione "persona fisica" e al significato dell'espressione "socio di maggioranza".

Al riguardo, fin dall'entrata in vigore della norma sono sorti due diversi orientamenti di pensiero: secondo una prima tesi interpretativa, più aderente al dettato normativo, la norma è applicabile - e di



Autorità Nazionale Anticorruzione

conseguenza i requisiti di moralità devono essere richiesti - solo nei confronti del socio persona fisica, anche nel caso del socio di maggioranza nelle società con meno di quattro soci¹.

A fondamento di tale tesi non vi sarebbe tuttavia solo il dato letterale, consistente nel riferimento espresso della norma alle persone fisiche e la circostanza che le condanne penali possono rilevare solo nei confronti delle persone fisiche, ma anche un'interpretazione sistematica della norma, la quale, misurando il grado di affidabilità del concorrente sulla condotta morale di determinati soggetti, necessariamente richiede, affinché possa verificarsi tale effetto di "contaminazione", che vi sia un rapporto di immedesimazione organica tra il soggetto interessato e l'impresa concorrente o almeno la dimostrazione di un effettivo potere di influenza sulla gestione della società concorrente. Tale condizione si realizza sicuramente nel caso del socio unico e del socio di maggioranza persona fisica in una realtà societaria ristretta (con meno di quattro soci), ma non sussiste necessariamente nel caso in cui il socio sia una persona giuridica che agisce a sua volta tramite soggetti terzi. In tal senso si è affermato che «non appare in alcun modo equiparabile la posizione del socio unico persona fisica a quella del legale rappresentante del socio unico persona giuridica, restando indimostrato che la gestione effettiva sia traslata dagli amministratori e legali rappresentanti della mandante agli amministratori e legali rappresentati del socio unico persona giuridica» (in tal senso Consiglio di Stato 4372/2014; Id. 1593/2016; Id. 3619/2017). Un diverso orientamento, tuttavia, adottando un criterio sostanzialistico, si è sviluppato in direzione correttiva ed emendativa del dettato normativo, arrivando ad includere nel novero dei soggetti da verificare anche la persona giuridica.

Secondo il suddetto orientamento «non è ragionevole ed anche priva di razionale giustificazione 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», sicché «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» (cfr. Consiglio di Stato 2813/2016; Id. 3178/2017).

Entrambi gli orientamenti interpretativi, in linea di principio condivisibili, presentano tuttavia i loro limiti di fronte alle realtà societarie complesse.

L'enunciato secondo cui il controllo del possesso dei requisiti di moralità non può che riguardare il socio (unico o di maggioranza) persona fisica, proprio del primo orientamento interpretativo, oltre ad affermare il principio della personalità della responsabilità penale, ha il pregio di indicare nella proprietà azionaria (totalitaria o di maggioranza) quell'elemento oggettivo, facilmente verificabile, che attribuisce

¹È questa, ad esempio, anche la posizione assunta dall'Autorità nell'atto di determinazione del 16 maggio 2012, n.1 contenente "Indicazioni applicative sui requisiti di ordine generale per l'affidamento dei contratti pubblici".



Autorità Nazionale Anticorruzione

a un soggetto diverso dagli amministratori un rilevante potere di influenza nella gestione della società che partecipa alla gara, in virtù dei poteri di nomina e revoca e con riguardo al promovimento di azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori stessi.

Tuttavia, il mancato riferimento della norma anche alle partecipazioni indirette rischia di vanificare l'efficacia della stessa, consentendo a un soggetto al quale l'appalto pubblico sarebbe precluso a causa dei suoi precedenti penali di eludere i controlli, interponendo tra sé e la società partecipante uno schermo societario.

Il secondo orientamento, d'altro canto, se da una parte consente di andare oltre lo schermo della persona giuridica [in tal senso, ad esempio, in alcune sentenze i giudici aderiscono alla tesi dell'estensione della norma alla persona giuridica al fine di ricomprendere nell'obbligo dichiarativo il socio unico o di maggioranza (persona fisica) di quest'ultima (Consiglio di Stato 975/2017)], presenta ugualmente le sue debolezze argomentative, laddove conduce a un eccessivo ampliamento della sfera dei controlli nei confronti di soggetti per i quali è dubbio che esista un potere di ingerenza effettiva nella gestione della società che partecipa alla gara. E ciò che può avvenire, ad esempio, quando la società, socia di maggioranza della società che partecipa alle gare, sia a sua volta partecipata in misura maggioritaria da un'altra società. In tal caso, infatti, il controllo della società di capitali, socia unica o di maggioranza della società aggiudicatrice, dovrebbe estendersi, per effetto del medesimo principio per cui la stessa è controllabile, anche a quest'ultima società (ergo ai soggetti che hanno il potere di gestione, vigilanza e controllo di quest'ultima²).

Non ci si avvede, tuttavia, che allargando in tal modo i controlli viene meno quel penetrante potere di condizionamento delle decisioni della società di capitali a ristretta base sociale che, secondo il principio sostanzialistico mutuato dal diritto europeo (e posto a fondamento della stessa tesi dell'estensione dei controlli nei confronti della persona giuridica), è alla base del riconoscimento della rilevanza della situazione soggettiva del socio quando alla gara partecipa un soggetto in forma societaria.

Conclusioni

² Si veda, al riguardo, la sentenza del T.A.R. Sicilia, sez. Catania IV, n. 570/2015, il cui contenuto è davvero eloquente, anche perché riferito alla fattispecie particolarmente complessa nella quale l'impresa aggiudicataria era in proprietà di due soli soci in pari quota (50%), l'uno persona fisica, l'altro persona giuridica, quest'ultimo a sua volta in proprietà di due soci, dei quali una persona giuridica per una quota pari al 70%. Il giudice amministrativo ha qui argomentato che le verifiche previste dall'art. 38, comma 1, lett. b) e c), del vecchio Codice dovevano essere estese anche all'amministratore con poteri di rappresentanza del socio di maggioranza-persona giuridica, a sua volta socio-persona giuridica al 50% della società aggiudicataria. In altri casi si è arrivati a considerare legittima la richiesta, alla società socia di maggioranza della società concorrente, di tutte le dichiarazioni previste per quest'ultima, non solo con riferimento ai commi 1 e 2 dell'art. 80, del nuovo Codice dei contratti pubblici, ma anche con riguardo ai requisiti previsti dai commi 4 e 5, quindi, non solo con riferimento alle sentenze di condanna e alle misure di prevenzione antimafia, ma anche in relazione a tutti gli altri requisiti generali previsti dall'art. 80.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Come indicato nel precedente paragrafo, la disposizione in esame, a causa della formulazione poco chiara della norma, rischia di ingenerare dubbi in ordine all'esatta delimitazione dell'ambito soggettivo di rilevanza dei motivi di esclusione relativi alla presenza di provvedimenti a carattere penale, favorendo l'adozione di comportamenti disomogenei da parte delle stazioni appaltanti.

Tale pericolo è alimentato da un orientamento giurisprudenziale non univoco sul punto che conduce, soprattutto nel caso di realtà societarie complesse, ora ad allargare ora a restringere l'ambito soggettivo dei controlli.

Alla rilevata situazione di incertezza interpretativa, tanto più grave quando si verte in materia di cause di esclusione dalla partecipazione alle gare, in cui, come è noto, vige il principio di tassatività, si aggiunge la preoccupazione - più volte avvertita da questa Autorità nell'ambito della propria attività istituzionale e rilevata anche nell'ambito dell'attività di alta sorveglianza su specifici interventi svolta dall'Unità Operativa Speciale di cui all'art. 30 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 - che una lettura troppo restrittiva della norma possa condurre a una facile elusione del suo contenuto precettivo. Può infatti essere sufficiente la creazione intenzionale di una sola società, da anteporre all'impresa che partecipa alla gara, per consentire all'imprenditore che effettivamente ne detiene il controllo e sul quale gravano precedenti penali escludenti di accedere agli appalti pubblici.

Non di meno una modifica normativa volta a precisare l'inclusione anche delle persone giuridiche tra il socio unico o di maggioranza da verificare (mediante, ad esempio, l'eliminazione dalla norma del riferimento alla "persona fisica"), potrebbe essere una soluzione non adeguata a risolvere le criticità evidenziate in premessa, dal momento che lascerebbe indeterminati i soggetti che, nell'ambito della persona giuridica, dovrebbero essere effettivamente verificati.

Da una parte infatti, i controlli potrebbero fermarsi alle figure degli amministratori con potere di rappresentanza che hanno il potere di esprimere la volontà dell'ente ed escludere, quindi, il socio di maggioranza indiretto (colui che detiene la proprietà totale o maggioritaria delle quote/azioni della società controllante), ma, secondo altra interpretazione, potrebbero ricomprendere quest'ultimo e anche tutti i soggetti che, ai sensi del medesimo comma 3 dell'art. 80, sono ordinariamente scrutinabili all'interno delle società di capitali, con un ampliamento della sfera dei controlli che non solo si ritiene eccessivo ed estremamente oneroso da sostenere per le stazioni appaltanti, ma anche sostanzialmente inutile e in contrasto con la ratio stessa del legislatore, poiché il controllo sarebbe rivolto verso soggetti in capo ai quali è indimostrata l'esistenza di un potere di gestione effettiva nei confronti della società che partecipa alla gara.

Ciò non toglie che una modifica della norma in questione sia opportuna al fine di dare uniformità all'applicazione della stessa sul territorio nazionale e coordinare le attività amministrative, nonché in chiave di deflazione del contenzioso innanzi al giudice amministrativo. Tale modifica non può che andare nel senso sostanzialistico evidenziato dal legislatore nazionale, in conformità alle indicazioni del legislatore europeo. Infatti, se lo spirito del Codice dei contratti pubblici è quello di assicurare la legalità



Autorità Nazionale Anticorruzione

e la trasparenza nei procedimenti degli appalti pubblici, potrebbe essere opportuno, al di là della forma giuridica di partecipazione, verificare i requisiti di moralità non solo nei confronti dei soggetti attraverso i quali ordinariamente la società agisce, ma anche in capo al soggetto che, in virtù della proprietà totale o maggioritaria del capitale della società, esercita sulla stessa un potere di condizionamento effettivo della gestione della società, anche nel caso in cui la maggioranza sia indirettamente acquisita tramite società controllate o fiduciarie, in analogia a quanto previsto dal numero 1 in combinato disposto con il numero 2 dell'art. 2359 del c.c., in relazione al controllo di diritto diretto e indiretto.

Alla luce delle suddette considerazioni, qualora si consideri di interesse prioritario introdurre misure antielusive delle norme in materia di accesso agli appalti pubblici nei confronti degli operatori economici che partecipano in forma societaria, si segnala l'opportunità di una modifica della norma in esame nel senso di ricomprendere tra i soggetti da verificare nel caso delle società di capitali *“il soggetto, persona fisica che detiene la totalità ovvero la maggioranza anche indiretta delle quote o dei titoli rappresentativi del suo capitale sociale”*.

Al contempo, si segnala l'opportunità di valutare anche un allineamento tra il Codice dei contratti pubblici e il decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (Codice Antimafia), laddove nell'individuare l'ambito soggettivo dei rispettivi controlli nei confronti delle società di capitali, l'uno (il Codice dei contratti pubblici) fa riferimento alle società fino a tre soci, mentre l'altro (il Codice antimafia), all'art. 85, comma 2, lett. c), fa riferimento alle società fino a quattro soci, considerato che la *ratio* non può che essere la medesima, ovvero estendere i controlli ai soggetti che nell'ambito delle società a capitale sociale ristretto, hanno un presumibile e altamente probabile potere di controllo all'interno della società.

Approvato dal Consiglio nella seduta 12 dicembre 2018

Depositato presso la Segreteria del Consiglio il 17 dicembre 2018

Il Segretario Maria Esposito

Il Presidente
Raffaele Cantone