

Appalti pubblici: i soggetti sottoposti a verifica

7 Dicembre 2016

L'Autorità nazionale anticorruzione, ANAC, è intervenuta a chiarimento dell'ambito soggettivo dell'art. 80, commi 1 e 3, del D.lgs. n. 50/2016 e sullo svolgimento delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti ai sensi del D.P.R. n. 445/2000 mediante utilizzo del modello di DGUE.

Tali argomenti sono stati affrontati con il comunicato del Presidente dell'Autorità, pubblicato il 14 novembre u.s., in cui viene, anzitutto, definito quali siano i soggetti su cui grava l'applicazione del motivo di esclusione attinente la presenza di condanne penali ex art. 80, comma 1, del Dlgs. 50/2016, codice dei contratti pubblici.

Infatti, a differenza del previgente art. 38, comma 1, lett. c) del D.lgs. 163/2016, la norma del nuovo codice prevede che l'esclusione di cui al comma 1 dell'art. 80 citato va disposta, da una parte, per un elenco tassativo di fattispecie penali e, dall'altra parte, facendo riferimento ad un numero maggiore di soggetti.

In secondo luogo, nel comunicato sono date nuove indicazioni sulla compilazione del DGUE, superando così la Determinazione ANAC n. 1 del 15 gennaio 2014, concernente le Linee guida per l'applicazione dell'art. 48 dell'abrogato d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (vedi anche, News ANCE "Documento di Gara Unico Europeo: le principali novità per i lavori pubblici" del 3 Ottobre 2016).

1. Soggetti da verificare

L'art. 80 prevede che sono causa di esclusione le sentenza o i decreti di condanna emessi:

- nei confronti del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale;
- del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo;
- dei soci accomandatari o del direttore tecnico, e si tratta di società in accomandita semplice.

Nel caso in cui si tratti di altro tipo di società, la causa di esclusione è riferita, invece, ai «*membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, di direzione o di vigilanza*», ai «*soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo*», al direttore tecnico e al socio unico persona fisica, ovvero al socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci.

Nel comunicato è precisato che l'identificazione dei soggetti da ultimo citati va effettuata tenendo conto dei sistemi di amministrazione e controllo delle società di capitali disciplinati dal codice civile a seguito della riforma introdotta dal D.lgs. n. 6/2003 che prevedono:

- sistema cd. "tradizionale", articolato su un "consiglio di amministrazione" e su un "collegio sindacale";
- sistema cd. "dualistico", articolato sul "consiglio di gestione" e sul "consiglio di sorveglianza";
- sistema cd. "monistico", fondato sulla presenza di un "consiglio di amministrazione" e di un "comitato per il controllo sulla gestione" costituito al suo interno.

Pertanto, la sussistenza del requisito di cui all'art. 80, comma 1, del Codice deve essere verificata (laddove presenti) in capo:

1. ai membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, nelle società con sistema di amministrazione tradizionale e monistico (Presidente del Consiglio di

Amministrazione, Amministratore Unico, amministratori delegati anche se titolari di una delega limitata a determinate attività ma che per tali attività conferisca poteri di rappresentanza);

2. ai membri del collegio sindacale nelle società con sistema di amministrazione tradizionale e ai membri del comitato per il controllo sulla gestione nelle società con sistema di amministrazione monistico;
3. ai membri del consiglio di gestione e ai membri del consiglio di sorveglianza, nelle società con sistema di amministrazione dualistico.

Inoltre, sono «*soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo*», benché non siano membri degli organi sociali di amministrazione e controllo, coloro che comunque risultino muniti di poteri:

1. di rappresentanza, come gli istitori e i procuratori ad negotia,
2. di direzione, come i dipendenti o i professionisti ai quali siano stati conferiti significativi poteri di direzione e gestione dell'impresa,
3. di controllo, come il revisore contabile e l'Organismo di Vigilanza di cui all'art. 6 del D. Lgs. n. 231/2001 cui sia affidato il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati.

Di contro, la suddetta verifica non deve essere condotta sui membri degli organi sociali della società di revisione, trattandosi di soggetto giuridico distinto dall'operatore economico concorrente cui vanno riferite le cause di esclusione.

Con riferimento ai procuratori *ad negotia*, la posizione dell'ANAC sembrerebbe divergere da quanto espresso, con riferimento al previgente quadro normativo, dal Consiglio di Stato (Ad. Plen., 16 ottobre 2013, n. 23), il quale aveva evidenziato le differenze con la figura dell'amministratore, poiché i primi *"oltre a derivare il proprio potere dalla volontà (di regola) degli amministratori, operano di massima nell'interesse societario per oggetto limitato e soggiacciono al controllo di chi ha conferito la procura"*.

Ne conseguiva che, secondo il Consiglio di Stato, l'esclusione poteva essere comminata solo in caso di espressa previsione della *lex specialis* e solo se, in caso di mancanza di tale previsione, il requisito fosse effettivamente carente.

2. Antimafia

Il Comunicato affronta la problematica dell'ambito soggettivo del motivo di esclusione che attiene alla presenza di cause di decadenza, sospensione e divieto derivanti da misure di prevenzione o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84 del D.lgs. n. 159/2011.

Infatti, nel nuovo Codice è presente una sostanziale differenza rispetto a quanto avveniva in vigore dell'art. 38, comma 1, lett. b) del d.lgs. 163/06, poiché l'art. 80, comma 2, del Codice non individua i soggetti nei cui confronti opera la suddetta.

Ciò considerato, l'ANAC conclude che, in assenza di specifiche indicazioni, il motivo di esclusione di cui al comma 2, dell'art. 80 deve essere riferito ai soggetti che sono sottoposti alla verifica antimafia ai sensi dell'art. 85 del Codice Antimafia, d.lgs. n. 159/2011 (che, nel caso di informazione antimafia, si estende anche ai familiari conviventi dei soggetti elencati nell'articolo).

Viene quindi meno quella discrasia presente nel previgente 163/2006, secondo cui erano diversi i soggetti sottoposti a verifica "antimafia" in gara (coincidenti con quelli per cui era necessario il riscontro di eventuali condanne) e quelli (molto più numerosi) previsti in fase di sottoscrizione del contratto, ai sensi del Codice Antimafia.

3. Dichiarazioni tramite DGUE

Con riferimento alle modalità di dichiarazione, nel comunicato è precisato che il possesso del requisito di cui al comma 1, dell'art. 80 deve essere dichiarato dal legale rappresentante dell'impresa concorrente con dichiarazione unica, mediante utilizzo del modello di DGUE.

La dichiarazione deve essere riferita a tutti i soggetti indicati ai commi 2 e 3 dell'art. 80, ma in un'ottica di semplificazione, non deve prevedere l'indicazione specifica del nominativo dei singoli soggetti che la stazione appaltante può richiedere solo al momento della verifica delle dichiarazioni.

L'Autorità, inoltre, evidenzia l'opportunità di adottare adeguate cautele, da parte del rappresentante legale, volte a evitare il rischio di rendere, inconsapevolmente, dichiarazioni incomplete/non veritiere.

A tal fine, l'Autorità suggerisce di provvedere alla preventiva acquisizione delle autodichiarazioni sul possesso dei requisiti da parte di ciascuno dei soggetti individuati dalla norma, imponendo agli stessi l'onere di comunicare eventuali variazioni e prevedendone, comunque, una periodica rinnovazione.

Da evidenziare che la giurisprudenza con la nota sentenza n. 16/2014, del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, aveva già superato, in via interpretativa, la necessità di elencare i nominativi di tutti i soggetti, dotati di poteri rappresentativi della società, ai quali si riferivano requisiti di moralità personali di cui alle lettere b, c ed m-ter del comma 1 dell'art. 38 del citato d.lgs. 163/2006 (vedi News ANCE, recante il quadro sull'orientamento prevalente in tema di cause di esclusione del 21 Dicembre 2015).

4. Verifica dei concorrenti

In ultimo, in assenza di specifiche indicazioni del Codice, il comunicato precisa tempi e modalità delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti sul possesso dei requisiti di partecipazione.

In particolare, con riferimento alle indicazioni operative disposte dall'art. 85, comma 5, del Codice e dell'art. 71 del DPR n. 445/2000 (richiamato dal DGUE), secondo l'ANAC, può affermarsi che le stazioni appaltanti sono tenute a verificare le autodichiarazioni rese in gara con le seguenti modalità:

- nelle fasi iniziali della procedura, va verificata, rispetto a tutti i partecipanti, la completezza delle dichiarazioni e la loro conformità al bando, (anche ai sensi degli artt. 76, comma 3, e 83, comma 8);
- prima dell'aggiudicazione, il controllo va effettuato, obbligatoriamente, sul primo e secondo classificato;
- la veridicità sostanziale delle autodichiarazioni può sempre essere verificata "a campione" e in tutti i casi in cui si rendesse necessario per assicurare la correttezza della procedura, come, ad esempio, laddove sorgano dubbi sulla veridicità delle stesse;

A tale proposito, si ricorda che, ferme restando le eventuali conseguenze penali, il nuovo Codice all'art. 80, comma 12, prevede che, in caso sia accertato che la falsa dichiarazione o falsa documentazione sia accompagnata da dolo o colpa grave del soggetto, è prevista l'iscrizione dei fatti nel casellario informatico ai fini dell'esclusione fino a due anni dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto.

Tale sanzione è ben più severa di quella formulata dal previgente d.lgs. 163/2006, in cui l'interdizione dagli appalti pubblici era di massimo un anno (art. 38, commi 1, lett. h, e 1-ter).