



Autorità Nazionale Anticorruzione

Al Presidente

Comunicato del Presidente del 26 ottobre 2016

Indicazioni alle stazioni appaltanti e agli operatori economici sulla definizione dell'ambito soggettivo dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016 e sullo svolgimento delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti ai sensi del d.p.r. 445/2000 mediante utilizzo del modello di DGUE.

Premessa

Sono pervenute all'Autorità numerose richieste di chiarimenti sulla definizione dell'ambito soggettivo dell'art. 80, comma 1, del Codice nonché sulle modalità di verifica, in corso di gara, delle dichiarazioni sostitutive sull'assenza dei motivi di esclusione rese dai concorrenti. L'Autorità, attesa la rilevanza delle questioni, ritiene opportuno fornire alcune indicazioni operative di massima, volte a consentire il normale svolgimento delle operazioni di gara nelle more dell'adozione di un atto a carattere generale che avverrà nel rispetto delle procedure previste dall'art. 213 del d.lgs. 50/2016.

1. L'ambito soggettivo di applicazione del motivo di esclusione attinente all'assenza di condanne penali (art. 80, commi 1 e 3).

L'art. 80, comma 3, del Codice individua i soggetti nei cui confronti opera la causa di esclusione prevista dal comma 1 del medesimo articolo. In particolare, la norma prevede che l'esclusione di cui al comma 1 va disposta se la sentenza o il decreto di condanna sono stati 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, se 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 persona fisica, ovvero al socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci.

Problemi interpretativi sono sorti in relazione al riferimento, mutuato dalla direttiva europea, ai «membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, di direzione o di vigilanza», in quanto l'ordinamento giuridico italiano non contempla, nella disciplina dei modelli organizzativi delle società di capitali, un «consiglio di direzione» o un «consiglio di vigilanza». Al fine di consentire l'applicazione della norma in esame, le indicazioni ivi contenute devono essere interpretate avendo a riferimento i sistemi di amministrazione e controllo delle società di capitali disciplinati dal codice civile a seguito

della riforma introdotta dal D.lgs. n. 6/2003 e precisamente:

- 1) sistema cd. “tradizionale” (disciplinato agli artt. 2380-bis e ss. c.c.), articolato su un “consiglio di amministrazione” e su un “collegio sindacale”;
- 2) sistema cd. “dualistico”(disciplinato agli artt. 2409-octies e ss. c.c.) articolato sul “consiglio di gestione” e sul “consiglio di sorveglianza”;
- 3) sistema cd. “monistico” fondato sulla presenza di un “consiglio di amministrazione” e di un “comitato per il controllo sulla gestione” costituito al suo interno (art. 2409-sexiesdecies, co. 1, c.c.).

Pertanto, la sussistenza del requisito di cui all’art. 80, comma 1, del Codice deve essere verificata 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, il requisito in esame deve essere verificato in capo ai «*soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo*», intendendosi per tali i soggetti che, benché non siano membri degli organi sociali di amministrazione e controllo, risultino muniti di poteri di rappresentanza (come gli institori e i procuratori *ad negotia*), di direzione (come i dipendenti o i professionisti ai quali siano stati conferiti significativi poteri di direzione e gestione dell’impresa) o 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).

In caso di affidamento del controllo contabile a una società di revisione, la verifica del possesso del requisito di cui all’art. 80, comma 1, 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.

2. L’ambito soggettivo del motivo di esclusione attinente 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 (art. 80, commi 2)

L’art. 80, comma 2, del Codice non individua i soggetti nei cui confronti opera la causa di esclusione attinente 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, a differenza di quanto avveniva in vigenza dell’art. 38, comma 1, lett. b) del d.lgs. 163/06. Pertanto, 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.

3. Le modalità di dichiarazione

Il possesso del requisito di cui al comma 1, dell'art. 80 deve essere dichiarato dal legale rappresentante dell'impresa concorrente mediante utilizzo del modello di DGUE. La dichiarazione deve essere riferita a tutti i soggetti indicati ai commi 2 e 3 dell'art. 80, senza prevedere l'indicazione del nominativo dei singoli soggetti.

Nell'ottica di perseguire la semplificazione delle procedure di gara e la riduzione degli oneri amministrativi connessi allo svolgimento delle stesse, le stazioni appaltanti richiedono, alle imprese concorrenti, l'indicazione del nominativo dei soggetti di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 80 solo al momento della verifica delle dichiarazioni rese.

Resta ferma l'applicazione delle sanzioni penali previste dall'articolo 76 del D.P.R. n. 445/2000 nei confronti del legale rappresentante che renda dichiarazioni false in ordine al possesso del requisito in esame. Ciò posto, appare opportuna l'adozione, da parte dei rappresentanti legali dei concorrenti, di adeguate cautele volte a evitare il rischio di rendere, inconsapevolmente, dichiarazioni incomplete o non veritiere. A tal fine, potrebbe provvedersi alla preventiva acquisizione, indipendentemente da una specifica gara, 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.

4. La verifica delle dichiarazioni sull'assenza dei motivi di esclusione e sulla presenza delle condizioni di partecipazione

In assenza di specifiche indicazioni del Codice in ordine ai tempi e alle modalità delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti sul possesso dei requisiti di partecipazione, è possibile ricavare indicazioni operative dal disposto dell'art. 85, comma 5, del Codice e dell'art. 71 del d.p.r. 445/2000 (richiamato dal DGUE). Può affermarsi, quindi, che, ferma restando l'obbligatorietà del controllo sul primo e secondo classificato da effettuarsi prima dell'aggiudicazione dell'appalto, nelle precedenti fasi della procedura, le stazioni appaltanti sono tenute a verificare i requisiti generali e speciali, anche ai sensi degli artt. 76, comma 3 e 83, comma 8, del Codice, sulla base delle autodichiarazioni presentate dai concorrenti, di cui è verificata la completezza e conformità a quanto prescritto dal bando. Le stazioni appaltanti possono procedere al controllo della veridicità e sostanza di tali autodichiarazioni anche a campione e in tutti i casi in cui si rendesse necessario per assicurare la correttezza della procedura, ivi compresa l'ipotesi in cui sorgano dubbi sulla veridicità delle stesse.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data

Il Segretario
Maria Esposito