



COSTANTINI AVVOCATI

ALBERTO COSTANTINI

COMUNICAZIONE DEL TITOLARE EFFETTIVO E CAUSE DI ESCLUSIONE DALLE GARE D'APPALTO

1. Obbligo di comunicare al registro delle imprese la titolarità effettiva delle società di capitali.

A seguito della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del 9 ottobre 2023 del decreto direttoriale del Ministero delle Imprese e del Made in Italy, è scattato il termine di 60 giorni per l'adempimento di prima iscrizione nella Sezione dei Titolari Effettivi del Registro Imprese da parte di imprese collettive dotate di personalità giuridica (S.P.A., S.R.L., S.R.L.S., S.A.P.A. e Cooperative, anche se costituite in forma consortile), persone giuridiche private, trust e istituti affini. Il termine decorre dalla data di pubblicazione del suddetto decreto in Gazzetta Ufficiale e scade, pertanto, il giorno 11 dicembre 2023.

Le società e gli altri soggetti obbligati costituiti successivamente alla data del 10 ottobre 2023 dovranno invece effettuare la comunicazione del titolare effettivo entro 30 giorni dall'iscrizione nei rispettivi registri, così come le eventuali variazioni dei dati relativi al titolare effettivo che risultano già iscritti nel registro delle imprese dovranno essere comunicate entro il termine di 30 giorni dalla variazione.

La figura del "titolare effettivo" viene definita dall'art. 1, comma 1, lett. *pp*), del decreto antiriciclaggio (d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231), come *"la persona fisica o le persone fisiche, diverse dal cliente, nell'interesse della quale o delle quali, in ultima istanza, il rapporto continuativo è istaurato, la prestazione professionale è resa o l'operazione è eseguita"*. L'art. 20 del medesimo d.lgs. 231/2007, detta una serie di criteri atti ad individuare il suddetto "titolare effettivo", elencati secondo un ordine gerarchico, in modo che i successivi siano applicabili solo nel caso in cui i precedenti risultino inutilizzabili. E così, in base all'art. 20, **"1. Il titolare effettivo di clienti diversi dalle persone fisiche coincide con la persona fisica o le persone fisiche cui, in ultima istanza, è attribuibile la proprietà diretta o indiretta dell'ente ovvero il relativo controllo. 2. Nel caso in cui il cliente sia una società di capitali: a) costituisce indicazione di proprietà diretta la titolarità di una partecipazione superiore al 25 per cento del capitale del cliente, detenuta da una persona fisica; b) costituisce indicazione di proprietà indiretta la titolarità di una percentuale di partecipazioni superiore al 25 per cento del capitale del cliente, posseduto per il tramite di società controllate, società fiduciarie o per interposta persona. 3. Nelle ipotesi in cui l'esame dell'assetto proprietario non consenta di individuare in maniera univoca la persona fisica o le persone fisiche cui è attribuibile la proprietà diretta o indiretta dell'ente, il titolare effettivo coincide con la persona fisica o le persone fisiche cui, in ultima istanza, è attribuibile il controllo del medesimo in forza: a) del controllo della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria; b) del controllo di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante in assemblea ordinaria; c) dell'esistenza di particolari vincoli contrattuali che consentano di esercitare un'influenza dominante. 4. Nel caso in cui il cliente sia una persona giuridica privata, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 10 febbraio 2000, n. 361, sono cumulativamente individuati, come titolari effettivi: a) i fondatori, ove in vita; b) i beneficiari, quando individuati o facilmente individuabili; c) i titolari di poteri di rappresentanza legale, direzione e amministrazione. 5. Qualora l'applicazione dei criteri di cui ai precedenti commi non consenta di individuare univocamente uno o più titolari effettivi, il titolare effettivo coincide con la persona fisica o le persone fisiche titolari, conformemente ai rispettivi assetti organizzativi o statuari, di poteri di**



COSTANTINI AVVOCATI

rappresentanza legale, amministrazione o direzione della società o del cliente comunque diverso dalla persona fisica.” (omissis)

Per i trust e istituti giuridici affini è necessario fare riferimento all’art. 22, comma 5, del d.lgs. 231/2007, ai sensi del quale i titolari effettivi si identificano cumulativamente nel costituente o nei costituenti (se ancora in vita), fiduciario o fiduciari, nel guardiano o guardiani ovvero in altra persona per conto del fiduciario, ove esistenti, nei beneficiari o classe di beneficiari (che possono essere beneficiari del reddito o beneficiari del fondo o beneficiari di entrambi) e nelle altre persone fisiche che esercitano il controllo sul trust o sull’istituto giuridico affine attraverso la proprietà diretta, indiretta o altri mezzi.

2. Normativa antiriciclaggio e appalti pubblici

Va chiarito in via preliminare che il decreto antiriciclaggio e la normativa da esso derivata non si applicano, se non in minima parte, alle pubbliche amministrazioni, nel senso che le stesse pubbliche amministrazioni non rientrano tra i soggetti obbligati ad identificare la titolarità effettiva delle loro controparti contrattuali (cfr. art. 3 del d.lgs. n. 231/2007), essendo chiamate unicamente ad adottare *“procedure interne, proporzionate alle proprie dimensioni organizzative e operative, idonee a valutare il livello di esposizione dei propri uffici al rischio e indicano le misure necessarie a mitigarlo”* sulla base di *“linee guida per la mappatura e la valutazione dei rischi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo cui gli uffici delle Pubbliche amministrazioni, responsabili dei procedimenti di cui al comma 1 [tra cui rientrano anche le procedure di scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi secondo le disposizioni del codice dei contratti pubblici; n.d.r.], sono esposti nell'esercizio della propria attività istituzionale”*; linee guida la cui elaborazione è affidata al Comitato di sicurezza finanziaria insediato presso il MEF (cfr. art. 10 d.lgs. n. 231/2007) e che, allo stato, non risultano ancora adottate.

Di contro, per gli appalti finanziati con i fondi del PNRR l’art. 22 del reg. (UE) 2021/241 - che ha istituito il *“Dispositivo per la ripresa e la resilienza”* - comporta l’obbligo per gli Stati membri di raccogliere, tra l’altro, le generalità complete del titolare effettivo del destinatario dei fondi o dell’appaltatore, così come definito dall’art. 3, punto 6, della direttiva (UE) 2015/849, relativa alla prevenzione dell’uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo¹.

Per quanto riguarda gli appalti finanziati con i fondi del PNRR è venuta quindi a determinarsi una convergenza tra la disciplina *“antiriciclaggio”* dettata in sede comunitaria e nazionale e la disciplina delle procedure di assegnazione dei detti appalti pubblici. In tale prospettiva, le Linee guida per lo svolgimento delle attività di controllo e rendicontazione degli interventi PNRR, adottate dal Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato – Servizio Centrale per il PNRR - ai sensi dell’art. 22 del citato regolamento UE 2021/241 ed allegate alla Circolare del detto Servizio n. 30 dell’11 agosto 2022, prevedono, per quanto qui interessa, che il soggetto attuatore si accerti che il bando di gara *“preveda esplicitamente l’obbligo, da parte dei soggetti partecipanti, di fornire i dati necessari per l’identificazione del titolare effettivo”* (pag. 33), così come definito dalla normativa antiriciclaggio sopra ricordata. A tanto aggiungendo che *“Nel caso si faccia ricorso al subappalto (...) la comunicazione dei dati relativi al titolare effettivo e le relative attività di verifica dovranno essere svolte anche sul soggetto terzo (subappaltatore)”* (pag. 34); nonché, a scanso di ogni equivoco, avendo cura di

¹ che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2006/70/CE della Commissione. La detta direttiva è stata recepita in Italia con il d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90, che ha modificato ed integrato il già citato decreto antiriciclaggio del 2007.



COSTANTINI AVVOCATI

richiamare espressamente i criteri previsti dalla normativa antiriciclaggio per l'individuazione del titolare effettivo, ricordati nel precedente paragrafo (pag. 35).

Dal canto suo, il Piano Nazionale Anticorruzione 2022 approvato dal Consiglio dell'ANAC con delibera n. 7 del 17 gennaio 2023, dopo aver richiamato espressamente le Linee Guida ministeriali relative agli appalti finanziati dai fondi del PNRR, sopra ricordate, *“rammenta che la definizione e la disciplina del titolare effettivo sono funzionali a garantire la riconducibilità di un'operazione alla persona fisica che, di fatto, ne trae vantaggio, al fine di evitare che altri soggetti e, in particolare strutture giuridiche complesse - società e altri enti, trust e istituti giuridici affini - siano utilizzati come schermo per occultare il reale beneficiario e realizzare finalità illecite.”* A tale fine il PNA *“raccomanda di inserire nei PTPCT o nella sezione anticorruzione e trasparenza dei PIAO quale misura di prevenzione della corruzione la richiesta alle SSAA di dichiarare il titolare effettivo e la previsione di una verifica a campione che la dichiarazione sia stata resa”*.

Linee Guida e PNA appena ricordati suggeriscono almeno due notazioni:

- a) all'obbligo di raccogliere le generalità complete del titolare effettivo del destinatario dei fondi o dell'appaltatore, previsto dal citato art. 22 del regolamento UE 2021/241, lo Stato italiano ha sin qui assolto attraverso atti amministrativi generali, di indirizzo e di raccomandazione, rivolte alle pubbliche amministrazioni e ai soggetti alle stesse assimilati, quali le Linee Guida ministeriali e il Piano Nazionale Anticorruzione dell'ANAC e non mediante atti normativi valevoli *erga omnes*;
- b) la dichiarazione del titolare effettivo da parte degli operatori economici che partecipino ad una procedura selettiva per l'assegnazione di un appalto pubblico sembra rispondere principalmente all'obiettivo di prevenire conflitti di interesse e fenomeni corruttivi anziché a quello di impedire ad operatori economici non meritevoli di affacciarsi al “mercato” dei contratti pubblici.

La prima notazione conduce rapidamente alla constatazione dell'evidente disallineamento tra la disciplina anticorruzione, da un lato, e quella sugli appalti pubblici, dall'altro, che, anche nella sua più recente e vigente declinazione, rappresentata dal d.lgs. n. 36/2023, non attribuisce rilievo alcuno alla titolarità effettiva dell'operazione economica sottesa all'appalto e al subappalto alle sue ricadute finanziarie, limitandosi a disciplinare, all'art. 16, il conflitto di interessi del *“soggetto che, a qualsiasi titolo, interviene con compiti funzionali nella procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione degli appalti o delle concessioni e ne può influenzare, in qualsiasi modo, il risultato, gli esiti e la gestione”* e raccomandando alle stazioni appaltanti di adottare *“misure adeguate per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione ed esecuzione degli appalti e delle concessioni”*. Disallineamento che, del resto, si avverte anche nel versante della disciplina attuativa sull'antiriciclaggio, ove il decreto (MEF di concerto con il MSE) dell'11 marzo 2022, n. 55, nel disciplinare contenuti, termini e modalità della comunicazione al registro delle imprese tenuto dalle Camere di Commercio dei dati e delle informazioni sulla titolarità effettiva di imprese commerciali dotate di personalità giuridica, di persone giuridiche private o di trust e istituti affini, definisce anche la platea di soggetti abilitati ad accedere ai suddetti dati e alle suddette informazioni, non annoverandovi le amministrazioni aggiudicatrici e i soggetti alle stesse assimilati ai fini dell'applicazione delle norme del codice dei contratti pubblici sulla selezione degli appaltatori di lavori, di servizi e/o di forniture. Pertanto, anche ove queste ultime imponessero ai partecipanti a procedure selettive per l'aggiudicazione di appalti pubblici di dichiarare il titolare effettivo della società concorrente, non potrebbero poi accedere immediatamente e liberamente al corrispondente



COSTANTINI AVVOCATI

dato comunicato al registro delle imprese per verificare la veridicità della dichiarazione resa in gara (cfr. artt. 5, 6 e 7).

La seconda notazione schiude scenari ancora più problematici, perché se l'emersione del titolare effettivo di un operatore economico partecipante ad una procedura selettiva risponde all'obiettivo di "smascherare" conflitti di interesse dei dipendenti pubblici e di prevenire fenomeni corruttivi, è lecito domandarsi se la "giusta" sanzione di tali conflitti sia l'esclusione dalla gara dell'operatore economico oppure quella, ben più radicale, dell'annullamento dell'intera procedura, atteso che il rischio di deviazione dai doveri di imparzialità e correttezza nella conduzione della procedura di gara, ipoteticamente disvelato dalla conoscenza del titolare effettivo di uno o più degli operatori economici che vi partecipano, non sarebbe a quel punto scongiurato dall'espulsione dalla gara stessa degli operatori medesimi. Senza considerare, di contro, che l'eventuale esclusione potrebbe apparire illogica e sproporzionata nei confronti dell'operatore economico il cui titolare effettivo sia incensurato e assolutamente "privo di macchia" e, comunque, in contrasto con il principio della tassatività delle cause di esclusione, ribadito dall'art. 10, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023.

In tale contesto non stupisce che il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in risposta ad un quesito sottopostogli nell'ambito del supporto giuridico erogato in attuazione dell'art. 214, comma 10, del d.lgs. 50/2016, ove gli veniva chiesto se la stazione appaltante dovesse procedere anche per il titolare effettivo alle verifiche documentali previste dall'allora vigente art. 80 del d.lgs. n. 50/2016², ha sostanzialmente quanto inevitabilmente – vista la già rilevata assenza della nozione di titolare effettivo nel quadro della disciplina sui contratti pubblici - eluso la questione, rispondendo che *"Se il titolare effettivo pertanto ricopre anche una delle cariche di cui all'80 comma 2 [recte, comma 3] dovrà essere soggetto a controlli"*. (Parere MIMS n. 1747/2023).

3. Amministratore di fatto nel codice dei contratti pubblici e titolare effettivo

Dal momento che, come è noto, molte delle circostanze che comportano l'esclusione dalle procedure selettive per l'assegnazione di appalti pubblici hanno carattere personale e che, come altrettanto noto, gli operatori economici che concorrono ad appalti pubblici sono organizzazioni complesse, che impegnano molte persone fisiche con ruoli e compiti diversi e specifici, la disciplina delle cause di esclusione dalle suddette procedure selettive non può prescindere dalla individuazione del perimetro dei ruoli e delle responsabilità, all'interno delle suddette organizzazioni, rispetto alle quali le circostanze escludenti assumono rilievo. Tale perimetrazione è stata ricondotta alla figura del "contagio" secondo la quale se la persona fisica che nella compagine sociale riveste un ruolo influente per le scelte della società è giudicata inaffidabile per aver commesso un illecito, tale giudizio di inaffidabilità contagia, appunto, anche la società che la stessa persona fisica rappresenta o dirige (tra le molte, Consiglio di Stato, Sez. V, 22 aprile 2022, n. 3107; Cons. Stato, sez. V, 3 dicembre 2018, n. 6866).

Senza spingere l'analisi troppo indietro, il catalogo delle persone fisiche alle quali il Legislatore ha attribuito rilievo ai fini dell'esclusione degli operatori economici era contenuto, fino al 30 giugno 2023, nell'art. 80,

² Il quesito era motivato dalla circostanza che molteplici operatori economici, in quel caso fornitori di attrezzature scientifiche, erano componenti di holding internazionali il cui titolare effettivo è persona fisica residente in Paesi anche extraeuropei, con evidente difficoltà di acquisire le certificazioni previste dal D.lgs. n. 50/2016.



COSTANTINI AVVOCATI

comma 3, del d.lgs. n. 50/2016³ e, dal 1° luglio 2023, nel comma 3, dell'art. 94 del d.lgs. n. 36/2023, a termini del quale le cause escludenti, quando non direttamente attribuibili all'operatore economico, sono rilevanti se riferibili al **titolare** o al **direttore tecnico**, se si tratta di impresa individuale; al **socio amministratore** o al **direttore tecnico**, se si tratta di società in nome collettivo; ai **soci accomandatari** o al **direttore tecnico**, se si tratta di società in accomandita semplice; ai **membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza**, ivi compresi gli **institori** e i **procuratori generali**; ai **componenti degli organi con poteri di direzione o di vigilanza** o ai **soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo**; al **direttore tecnico** o al **socio unico**; all'**amministratore di fatto** "*nelle ipotesi di cui alle lettere precedenti*".

Rispetto al precedente catalogo, escono dal perimetro dei ruoli rilevanti il socio di maggioranza nelle società di capitali con meno di quattro soci e i soggetti cessati dalla carica da meno di un anno prima della pubblicazione del bando di gara e vi entrano gli amministratori di fatto, con riguardo a tutte indistintamente le possibili configurazioni degli operatori economici.

La figura dell'amministratore di fatto trova definizione normativa nell'art. 2639 c.c. (norma che si iscrive nel quadro delle disposizioni penali in materia di società e consorzi) - a termini del quale "*Per i reati previsti dal presente titolo al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione*" (neretto del redattore) - e ulteriori specificazioni nella giurisprudenza, che ritiene integrata la fattispecie in presenza di elementi sintomatici dell'inserimento organico del soggetto con funzioni direttive in qualsiasi fase della sequenza organizzativa, produttiva o commerciale dell'attività della società, quali i rapporti con i dipendenti, i fornitori o i clienti ovvero in qualunque settore gestionale di detta attività, sia esso aziendale, produttivo, amministrativo, contrattuale o disciplinare (da ultimo Cass. pen., Sez. V[^], 11 luglio 2023, n. 38349); ovvero, in presenza del cosiddetto socio sovrano o tiranno, cioè del socio che, detenendo la larga maggioranza del capitale di una società, può nominare gli amministratori e i sindaci e può decidere le modifiche dell'atto costitutivo e determinare le decisioni più rilevanti (Cons. Stato, Sez. V[^], sentenza 27 novembre 2020, n. 7471)⁴.

In tale ultima prospettiva, a partire dalla soglia del 25% di partecipazione al capitale sociale, quanto maggiore è la quota di capitale detenuta, tanto più probabile diventerà l'assimilazione tra titolare effettivo e amministratore di fatto. Così come, all'inverso, quando "*l'esame dell'assetto proprietario non consenta di individuare in maniera univoca la persona fisica o le persone fisiche cui è attribuibile la proprietà diretta o*

³ 3. L'esclusione di cui ai commi 1 e 2 va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti: del **titolare** o del **direttore tecnico**, se si tratta di impresa individuale; di un **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; 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 un numero di soci pari o inferiore a quattro**, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei **soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara**, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata.

⁴ "Il socio sovrano non si limita ad esercitare i diritti amministrativi e patrimoniali che derivano dalla sua partecipazione sociale, ma utilizza la propria partecipazione dominante per impartire direttive agli amministratori della società e, dunque, per esercitare il potere di governo della stessa" (così sentenza citata nel testo).



COSTANTINI AVVOCATI

indiretta dell'ente" e ci si trovi quindi costretti ad utilizzare i criteri presuntivi di cui al comma 3 dell'art. 20 del decreto antiriciclaggio - che radicano la titolarità effettiva dell'ente in capo alla persona fisica in grado di esercitarvi una influenza dominante – sarà assai probabile che quegli stessi criteri conducano ad identificare, se diverso da quello di diritto, il "vero" amministratore (di fatto) della società.

4. Conclusioni.

La rapida e sicuramente non esaustiva ricognizione dei sempre più evidenti e molteplici "punti di contatto" tra normativa antiriciclaggio e di prevenzione della corruzione, da un lato, e disciplina dei contratti pubblici, dall'altro, rafforza il convincimento della assoluta necessità di un intervento normativo di raccordo organico che inquadri e definisca adeguatamente finalità, effetti, strumenti e modalità dell'utilizzo della figura del titolare effettivo nell'ambito delle procedure di selezione degli appaltatori pubblici e di esecuzione dei relativi contratti, così come più volte sottolineato dal Presidente dell'ANAC, Giuseppe Busia. Se, infatti, tali "punti di contatto" sono indice del fatto che i presidi normativi di contrasto alla corruzione e al riciclaggio finanziario sono da intendersi come strumento di creazione di valore perché contribuiscono alla "messa in sicurezza" dei fondi rivenienti dal PNRR, non va dimenticato che le procedure selettive dei contraenti pubblici funzionano bene ove possano contare su una normativa semplice e chiara e possano avvalersi di strumenti di verifica veloci, completi e pienamente affidabili. Condizioni che, per quanto riguarda la tematica qui affrontata, oggi non sussistono.

Roma, 5 novembre 2023